

Sammlung

von

Civilrechtlichen Entscheidungen

des

k. k. obersten Gerichtshofes.

Herausgegeben

von

Dr. Julius Glaser, Dr. Josef Unger

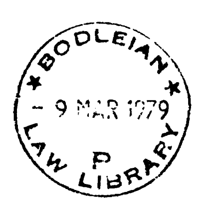
und

Josef v. Walther.

Erster Band.

Zweite Auflage.

Wien.
Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.
1873.



Vorwort.

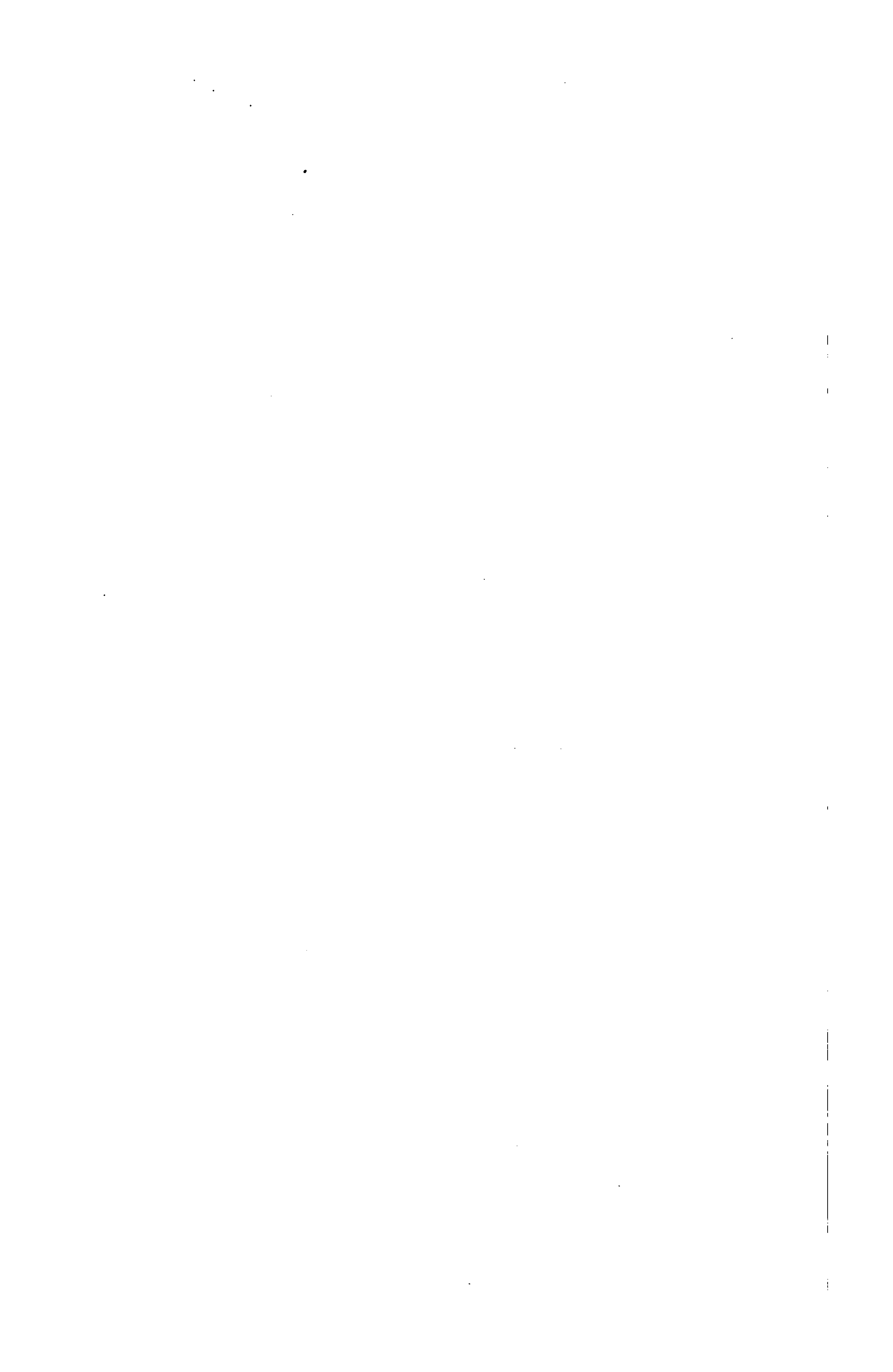
Zur zweiten Auflage des I. Bandes der gegenwärtigen Sammlung erlauben wir uns zu bemerken, daß die Entscheidungen, welche in das Gebiet des Handels- und Wechselrechts fallen, oder durch die Abschaffung, beziehungsweise Abänderung der Gesetze, worauf sie gegründet waren, unpraktisch geworden sind, nicht mehr aufgenommen und nur — um die Register der späteren Bände der Sammlung auch für den Besitzer der zweiten Auflage des I. Bandes brauchbar zu erhalten — die fortlaufenden Zahlen und Aufschriften derselben abgedruckt wurden.

Die in gleicher Weise eingerichtete zweite Auflage des auch schon vergriffenen II. Bandes ist unter der Presse.

Der VII. Band der Sammlung wird vorbereitet.

Wien im Februar 1873.

Die Herausgeber.



1853.

Nr. 1.

Leibrentenvertrag mit cassatorischer Clausel.

Entsch. v. 3. Nov. 1853, Nr. 10022 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 28. Februar 1853, Nr. 2738, Abänd. des Urtheils des App. G. Venedig v. 22. Juni 1853, Nr. 6463). Giornale di Giurisprudenza pratica 1854, S. 31 ff.

A hatte mit B einen Leibrentenvertrag abgeschlossen, vermöge dessen die Güter des ersteren nach seinem Tod dem letzteren zufallen sollten; dagegen verpflichtete sich B zur (theilweisen) Erhaltung der Güter u. s. w., und übernahm die Verpflichtung zur Zahlung einer Leibrente an A, mit der ausdrücklichen Verabredung, daß, wenn er mit einer Rate eine gewisse Zeit im Rückstand bleibe, jener berechtigt sein sollte, den Vertrag als ipso jure aufgehoben anzusehen und über die Güter nach Belieben zu verfügen. Da nun B in der That im Rückstand blieb, nachdem er durch acht Jahre (wenn auch nicht immer pünktlich und manchmal selbst erst in Folge gerichtlichen Einschreitens) alle Verbindlichkeiten erfüllt hatte, klagt A auf Aufhebung des Vertrages. Sein Begehren wird von der ersten Instanz aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Um darzuthun, wie ungerecht und unzulässig ein Vertrag wie der vorliegende sei, der zu so drückenden und wucherischen Consequenzen führen kann, — vielleicht selbst unabwendbar führt, da es ja im Laufe der menschlichen Dinge gar viele Ursachen geben kann, welche auch unabhängig von jedem Verschulden es einem Contrahenten unmöglich machen, pünktlich die übernommene Verpflichtung zu erfüllen, — dazu reichen wohl die nachfolgenden juristischen Betrachtungen aus. Es war die Absicht darauf gerichtet, für den Schaden, welcher durch die Verzögerung der bedungenen Zahlung entstehen könnte, einen ausreichenden Ersatz zu sichern. Dieser Schade aber gibt nach der Bestimmung des §. 1333 a. b. G. B., welche mit a. h. E. v. 11. Dec. 1841 (Hfkdc. v. 18. Jänner 1842, Justizgesetz-Sammlung Nr. 592, Anhang zum b. G. B. für

Ungarn, Nr. 75, Michel Nr. 1379) auf alle Forderungen in Geld, sie mögen aus einem Darlehen oder einem anderen Rechtstitel herrühren, ausgedehnt worden ist, kein Recht, die Auflösung des Vertrages zu fordern, sondern nur den Anspruch auf Ersatz mittelst der im §. 995 bestimmten Interessen. — Eine hievon abweichende Verabredung ist also verboten als ein gesetzwidriger Act, vermöge dessen man zuletzt dahin gelangen würde, sich rechtswidrigerweise auf Kosten eines Anderen zu bereichern; und jeder rechtswidrige Act kann nach §. 1450 a. b. G. B. unmittelbar angefochten werden. Indem der österreichische Gesetzgeber, wie Nippel bemerkt, von der ursprünglichen Fassung des westg. G. B. abwich, stellte er in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und dem preußischen Landrechte den eben entwickelten Grundsatz auf. Das gemeine Recht erkennt ihn offen an; es genügt, um dieses darzuthun, die L. 8. Cod. de contr. emt. ed vend. (4, 38): Si vineas distraxisti, nec pretium numeratum sit, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit. — Die Fälle, in welchen Verträge aufgehoben werden können, sind stricti juris. Diese Aufhebung der Willkür der Contrahenten überlassen, hieße die Sicherheit des Verkehrs und Treue und Glauben in demselben gefährden. Gesetzt aber auch, daß hier das Maß des Schadenersatzes für die verzögerte Zahlung in einer bestimmten Weise festgesetzt werden sollte, so könnte dieses doch nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 1336 a. b. G. B. nicht durch die Zulassung der Auflösung des Vertrages, sondern nur durch die einfache Bezahlung einer Conventionalstrafe, die, falls sie zu hoch bemessen sein sollte, der Richter mäßigen muß, geschehen. Die ausdrückliche Bedingung der Aufhebung des Vertrages, welche der §. 919 a. b. G. B. zuläßt, kann also nur in jenen taxativ aufgezählten, zu keinem Widerspruch, zu keiner Ungerechtigkeit führenden Fällen gelten, wie sie in den §§. 978, 1117, 1118, 1153, 1154, 1166, 1210, 1264 vorgesehen sind, niemals aber im Falle eines Leibrentenvertrages; weil die Willkür der Parteien nicht ausreichen kann, um Verabredungen herzustellen, welche die Natur und das Wesen gerade des abgeschlossenen Vertrages verläugnen und zerstören. Sowie kein Vertrag abgeschlossen werden kann, nach welchem der Käufer auch für den Fall der Bezahlung des größten Theiles (massima parte) des Kaufschillings nicht das Eigenthum der gekauften Sache oder der Miether nicht den Gebrauch der Bestandsache erlangen soll, oder vermöge dessen dem Miteigenthümer die Theilung der gemeinschaftlichen Sache unmöglich gemacht wird: ebensowenig kann es zugelassen werden, daß derjenige, der eine Leibrente zusichert, und es auf sich genommen hat, die periodisch wiederkehrende Zahlung, welche das Entgelt für die ihm überlassene Sache bildet, zu leisten, nachdem bereits solche Zahlungen erfolgt sind, das Recht auf Erlangung und Zurückbehaltung dieser ihm überlassenen Sache wieder verlieren könne."

„Auch würde sich der begehrten Aufhebung des Leibrentenvertrags die Bestimmung des §. 920 a. b. G. B. entgegenstellen; denn nach dem

Wortlaute des fraglichen Vertrages hat der Kläger dem Geklagten die streitigen Güter, welche auf einen Betrag von 32.000 Lire angeschlagen worden sind, überlassen, und blos den Genuß derselben für den Geklagten hinausgeschoben, so daß also die Uebertragung mit Vorbehalt einer Servitut des Fruchtgenusses für den Kläger vollendet war. Der Leibrentenvertrag bezog sich also nur auf den den erwähnten Grundstücken beigelegten Werth, welcher als verlorenes Capital bei dem Geklagten bleiben sollte und wogegen derselbe die Verpflichtung übernahm, die Leibrente zu zahlen. Es handelte sich sonach nicht um den Rückfall der definitiv an den Geklagten verkauften Grundstücke, sondern lediglich um die Bezahlung der verabredeten Raten zur Erfüllung des Vertrages, und nur diese kann also der Kläger fordern. Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis."

„Ueberdies ist aber, was den Leibrentenvertrag betrifft, nach §. 1268 a. b. G. B. selbst den Gläubigern und den Kindern des Contrahenten verboten, ihn anzufechten; auch ist es eben das wesentliche Merkmal dieses Vertrages, daß Hoffnung und Gefahr bis zur natürlichen Auflösung desselben auf beide Contrahenten vertheilt sein müssen, sonst würde er kein Glücksvertrag und der Gedanke, welcher durch die Hoffnung auf besonderen Vortheil zu besonderen Opfern ermuthigt, würde nicht mehr über die Moralität und die gesetzliche Haltung so ausnahmsweiser Verabredungen wachen. Läßt man es zu, daß der Vertrag für aufgehoben erklärt werde, ohne daß die bereits gezahlten Raten ebenfalls zurückgezahlt werden, dann würde dem Leibrenten-Berechtigten nicht blos die Ungewißheit der Dauer seines Lebens, sondern auch noch die Möglichkeit der einfachen Verzögerung der Zahlung auf Seite des zur Leistung der Leibrente Verpflichteten, also ein factum hominis, zu Statten kommen können, während zu Gunsten des Letzteren nur die Möglichkeit einer kürzeren Lebensdauer des Berechtigten übrig bliebe. Es würde also die Gleichheit der Stellung beider Theile nicht mehr vorhanden sein; es würden ferner die früher erwähnten Momente auf Seite des die Leibrente Zusichernden fehlen, welcher die bereits geleisteten Zahlungen opfern müßte. Der Kläger hätte so für die ganze Dauer seines Lebens eine Rente bedungen, deren Bezahlung auf tausend verschiedene Arten in gesetzlicher Weise gesichert werden kann. Der Geklagte, für welchen die Gefahr bedeutender Ausgaben schon aus der Möglichkeit einer ungewöhnlich langen Dauer des Lebens des Mitcontrahenten erwächst, ist noch überdies einem viel größeren Opfer ausgesetzt, wenn auch nur eine ganz vorübergehende Zahlungsunfähigkeit bei ihm eintritt, dem Opfer nämlich, daß er den Zweck, den er sich vorgesetzt hat, niemals erreicht, obgleich er ohne den geringsten Ersatz aus seinem Vermögen den Gegner bereichert hätte, welcher möglicherweise in den bereits bezogenen Raten schon den vollen Wert der abgetretenen Güter, vielleicht noch mehr als diesen, erhalten hat, der Güter, die er niemals aus seinem Besitz und Genuß gelassen hat, und denen er nun auch für die Zukunft nicht entsagen würde. — Um

Verträge dieser Art, die schon im Artikel 1978 des franz.-ital. G. B. verboten waren, als unerlaubte zu erkennen, dazu bedarf es keiner ausdrücklichen Bestimmung des österreichischen Gesetzes. Das Verbot liegt in ihrer gänzlichen Unvereinbarkeit mit der Natur des Leibrentenvertrags, und mit allen gesunden Grundsätzen des Rechtes, welche sie für werthlos und ungiltig erklären, weil sie auf eine unverkennbare Weise die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten und die socialen Garantien verletzen."

Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren Statt: „Das Gesetz erkennt im §. 919 a. b. G. B. (also in dem Hauptstück: „Von den Verträgen überhaupt") die Giltigkeit des Vorbehaltes an, die Aufhebung eines zweiseitigen Vertrages zu fordern, wenn ein Theil den Vertrag nicht vollständig oder gar nicht erfüllt. Die besonderen Bestimmungen über den Leibrentenvertrag machen von dieser allgemeinen Regel nirgends eine Ausnahme. Das Gesetz ist also in seinem Wortlaut deutlich, und es geht daher nicht an, sich dem letzteren unter dem Vorwande zu entziehen, daß man auf den Geist des Gesetzes eingehen will. Der Geklagte kann sich gegen die Geltendmachung jenes Vorbehaltes nicht durch Berufung auf die allerdings harten Folgen schützen; denn er hat ja diese Norm freiwillig aufgestellt, und während die Eingehung des Vertrages von ihm abhing, ist natürlich die Erfüllung desselben obligatorisch geworden. Die im Vertrage vorgesehene und nun eingetretene Nichterfüllung ist eine durch ihn gesetzte Thatsache, und nach §. 1298 a. b. G. B. muß angenommen werden, daß sie durch sein Verschulden eintrat."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, ohne mit der von den Untergerichten behandelten Frage sich zu befassen, — aus dem Grund, weil durch einen späteren Vertrag vom J. 1849 die cassatorische Clausel des Leibrentenvertrages vom J. 1845 beseitigt worden sei.

Nr. 2.

Handlungsbuch als Beweismittel für die Verabredung eines bestimmten Zahlungsortes.

Entsch. v. 10. Nov. 1853, Nr. 11287 (Best. der den Bescheid des H. G. Venedig vom 25. Juni 1853, Nr. 6234, abändernden Verordnung des App. G. Venedig v. 2. August 1853, Nr. 9063). Giornale die Giurispr. pr. 1854, S. 14 ff.

A klagte den in Como wohnhaften Kaufmann B beim Handelsgerichte in Venedig auf Zahlung einer Buchschuld, und will den Beweis, daß B sich verpflichtet habe, in Venedig zu zahlen, durch das Handlungsbuch und den Erfüllungseid führen. B erhebt die Einwendung der Incompetenz, indem er nicht blos der behaupteten Thatsache widerspricht,

sondern sich auch dagegen verwahrt, daß das Handlungsbuch als Beweismittel zur Darthuung derselben benützt werde. Die erste Instanz wies diese Einwendung zurück. Die beiden höheren Gerichte dagegen gaben ihr Statt in Erwägung, daß der Buchauszug allein nicht hinreicht, um die fragliche Thatsache zu beweisen, der zur Beweisergänzung angebotene Erfüllungseid aber im Vorbereitungsweg nicht zulässig ist, weil er schon direct das Meritum der Klage berührt.

Nr. 3.

Schuldurkunde, welche einer der Solidarschuldner eigenhändig geschrieben und unterschrieben, der andere Solidarschuldner ohne Zuziehung von Zeugen blos unterschrieben hat.

Entsch. v. 24. Nov. 1853, Nr. 10657 (Best. des das Urtheil des L. G. Lodi vom 10. Mai 1853, Nr. 7824, abändernden Urtheils des App. G. Mailand v. 29. Juli 1853, Nr. 8166). Gazz. dei Trib. 1854, Seite 28.

Maria und Martina B, Mutter und Tochter, werden als Solidarschuldner auf Zahlung von 2349 Lire belangt; der Schuldschein, auf welchen sich die Klage stützt, ist von der Mutter eigenhändig geschrieben und unterschrieben, von der Tochter nur unterschrieben. Die Letztere beruft sich darauf, daß die Unterschrift von zwei Zeugen nöthig wäre, um der Urkunde ihr gegenüber Beweiskraft zu verschaffen; und in der That wird der sie betreffende Theil des Klagebegehrens aus diesem Grunde in erster Instanz abgewiesen. Die beiden oberen Instanzen erkennen dem Klagebegehren gemäß. Es heißt über den fraglichen Punkt in den auch vom obersten Gerichtshofe angenommenen Entscheidungsgründen der zweiten Instanz: „Die Schuldurkunde muß so betrachtet werden, als wäre sie auch in ihrem Contexte von der Tochter eigenhändig geschrieben; denn die Verpflichtung ist eine untheilbare und gleichmäßige zweier Personen; es kann daher die Schuldurkunde darüber nicht von jeder einzelnen eigenhändig geschrieben sein. Ferner hatte die Mitschuldnerin, indem sie die Schuldurkunde unterschrieb, bereits ein vollkommen beweiskräftiges Document vor Augen und errichtete nicht einen neuen Act, sondern intervenirte nur bei einem schon vollzogenen. Da endlich das Gesetz, indem es in Bezug auf Schuldscheine besondere Solennitätsformen vorschreibt, nur eine Ausnahme von der Regel macht, nach welcher die bloße Unterschrift auf einer Vertragsurkunde genügt, muß diese Ausnahme im Falle eines Zweifels einschränkend ausgelegt werden.“

Nr. 4.

Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers an Effecten, welche noch vor der Fälligkeit des Miethzinses im Concurswege verkauft wurden.

Entsch. v. 16. Dec. 1853, Nr. 12862 (Best. des das Urtheil des L. G. Lodi vom 8. Juli 1853, Nr. 9939, abänd. Urtheils des App. G. Mailand v. 17. Sept. 1853, Nr. 10862). Gaz. dei Trib. 1854, S. 59. Giorn. di Giurispr. pr. 1854, S. 331.

Ueber das Vermögen des Miethers war der Concurs ausgebrochen, und die Concursverwaltung entfernte, noch ehe der Miethzins fällig war, aus den gemietheten Localitäten die Effecten des Miethers, um sie feilbieten zu lassen, nachdem der Vermiether in der Edictalfrist die Forderung mit der Bitte um deren Liquidhaltung und Versetzung in die zweite Classe (gesetzliches Pfandrecht nach §. 1101 a. b. G. B.) angemeldet hatte. Im Classificationserkenntniß wurde der Vermiether in die vierte Classe gesetzt, worauf er die zweite Classe mit der Vorrechtsklage geltend machte. Die erste Instanz wies die Vorrechtsklage ab, indem sie anführte, der Vermiether habe ein gesetzliches Pfandrecht nur an jenen Sachen, welche sich in der gemietheten Wohnung zu der Zeit befinden, wo er die Klage auf Zahlung des Miethzinses anstellt. Die zweite Instanz gab ihr Statt, indem sie davon ausging, daß §. 1101 a. b. G. B. zwischen fälligen und nicht fälligen Zinsen nicht unterscheide. Allerdings sei es richtig, daß der Gläubiger ein Pfandrecht nur bezüglich jener Sachen geltend machen könne, welche zu der Zeit, wo er die Klage anstellt, sich noch in den gemietheten Localitäten befinden; allein im Falle eines Concurses trete das Concurseröffnungs-Edict an die Stelle dieser Klage, „weil von diesem Augenblick an der Richter im Interesse aller Concursgläubiger und auf Grund der gesetzlichen Vermuthung, daß sie es verlangen, zur Wahrung der Rechte aller Gläubiger, das gesammte Vermögen des Cridatars in gerichtliche Verwaltung nimmt."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus folgenden Erwägungen: Wäre der Concurs nicht ausgebrochen, so hätte der Vermiether für die Einklagung die Verfallzeit der einzelnen Zinsraten abwarten müssen. In Folge des Ausbruchs des Concurses aber war er vom Gesetz angewiesen, in der Edictalfrist die Forderung geltend zu machen. Dies hat er durch die Klage gethan, die von ihm zu einer Zeit überreicht wurde, als das Pfandrecht an den damals noch in den Miethlocalitäten befindlichen Sachen ihm zustand, und er hat zugleich seinen Willen erklärt, dieses Pfandrecht für die, gleichwohl noch nicht verfallene Forderung auszuüben, weil die Concurseröffnung ihn in die Unmöglichkeit versetzt hatte, die Verfallzeit der einzelnen Raten abzuwarten. So wie er, ausnahmsweise, durch die Concurseröffnung ermächtigt ward, die Anerkennung der Forderung vor dem Eintritt ihrer

Fälligkeit zu begehren, muß er consequent berechtigt gewesen sein, auch das Accessorium derselben, das Pfandrecht, vor der Verfallzeit geltend zu machen und aufrecht zu erhalten. Die von ihm angebrachte Klage vertrat die Stelle der gewöhnlichen Klage, welche der §. 1101 a. b. G. B. verlangt, weil eben die Anstrengung der letzteren durch die Concurseröffnung unmöglich geworden war.

Nr. 5.

Manifestationseid über einen Nachlaß, vor Antretung der Erbschaft gefordert.

Entsch. vom 22. Dec. 1853, Nr. 11462 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 2. Juni 1853, Nr. 12087, Abänd. des Urtheils des App. G. Venedig v. 3. August 1853, Nr. 8615). Giornale di Giurispr. pr. 1854, S. 76 ff.; Gaz. dei Trib. 1854, S. 498.

Einer Klage auf Ablegung eines Manifestationseides über einen Nachlaß war in erster Instanz stattgegeben worden; die zweite wies sie ab, lediglich weil der Kläger noch keine Erbserklärung eingebracht hatte. „So wie derjenige, der ein Erbrecht hat, vom Richter die Aufnahme der Inventur nicht fordern kann, wenn er die Erbschaft nicht vorher bedingt angenommen hat, so kann er aus demselben Grunde auch nicht eher die eidliche Angabe des Nachlaßvermögens fordern."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz in der Erwägung, daß der Mangel des Erbschaftsantrittes auf Seite des Klägers in der wegen angeblichen Vermögensmangels unterbliebenen Verlassenschaftsabhandlung und in dem auch auf Seite des Geklagten fehlenden Erbschaftsantritt seine natürliche Erklärung findet und daß zwar nach §. 823 a. b. G. B. zur Besitzergreifung von einer Erbschaft die Erbserklärung und gerichtliche Abhandlung gehört, hier aber es sich erst darum handelt, die Existenz einer abzuhandelnden Verlassenschaft durch das gesetzliche Mittel der eidlichen Manifestation festzustellen.

Nr. 6.

Zulässigkeit des (irreferiblen) Haupteides zum Beweise der Vaterschaft eines unehelichen Kindes.

Entsch. v. 22. Dec. 1853, Nr. 13071 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 24. Juni 1853, Nr. 303, abänd. Urtheils des App. G. Mailand v. 16. Sept. 1853, Nr. 10454). Gaz. d. Trib. 1854, S. 47.

Ein Vormund klagte im Namen seines unehelichen Mündels auf Anerkennung der Vaterschaft; der abgeführte Zeugenbeweis über ein

außergerichtliches Geständniß war erfolglos geblieben und es hing daher die Entscheidung davon ab, ob auf den dem Geklagten aufgetragenen (irreferiblen) Haupteid über das Factum der Beiwohnung erkannt werden könne. Die erste Instanz verneinte die Frage, während sie in dem vom obersten Gerichtshof bestätigten Erkenntniß der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die obergerichtliche Begründung bejahend beantwortet wurde.

Gründe der I. Instanz: „Allerdings gestattet §. 265 ital. G. O. (§. 203 a. G. O.) derjenigen Partei, welche die Streitsache zu vergleichen befugt wäre, dem Gegner über die von demselben widersprochenen Geschichtsumstände den Haupteid aufzutragen. Allein es bleibt noch zu untersuchen, ob ein Eid wie derjenige, welchen im vorliegenden Falle der Vormund aufträgt, als Haupteid angesehen werden könne; und bei genauer Erwägung muß man mit Rücksicht auf den geführten Zeugenbeweis und dessen Ausgang, sowie mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§. 276 und 277 der ital. G. O. (§§. 212 und 213 a. G. O.) anerkennen, daß derselbe im Wesentlichen auf einen Ablehnungseid, dessen Auftragung im letzterwähnten Paragraph ausdrücklich verboten ist, hinausläuft; denn es handelt sich hier eben um den dort vorgesehenen Fall. Es hat nämlich der Kläger einen zum Mindesten halben Beweis geführt, ohne doch im Stande zu sein, seinen Erfüllungseid anzubieten, weßhalb er unter dem Scheine eines Haupteides eigentlich verlangt, daß der Geklagte durch einen Reinigungseid das gegen ihn vorgebrachte Beweismittel entkräfte. — Ueberdies aber kann auch im Allgemeinen, trotz verschiedener, auch noch in neuester Zeit ergangener Entscheidungen in einzelnen Fällen, der Gerichtshof sich von der Richtigkeit der Ansicht nicht überzeugen, daß ein Eid über die Thatsache, daß Jemand einer bestimmten Person in einer bestimmten Zeit beigewohnt habe, im Geiste der bei uns bestehenden, sowie jeder anderen neueren Gesetzgebung als zulässig anzusehen sei. Es läßt sich nicht läugnen, daß Processe über den Personalstand und namentlich Paternitätsprocesse die genaueste Verwandtschaft mit Criminalprocessen haben. Deßhalb, und mit Rücksicht darauf, daß die entscheidende Thatsache, von deren Beweis der Ausgang jedes Processes wegen unehelicher Vaterschaft abhängt, eine unerlaubte ist, welche nur schwer und genau genommen, niemals, durch Zeugenaussagen bewiesen werden kann, deutet der §. 163 a. b. G. B. offenbar selbst auf eine solche Analogie hin, indem er sich des Ausdrucks überwiesen bedient. Zwar wird dieser Ausdruck mit der Erwähnung der in der a. G. O. vorgeschriebenen Beweismittel in Verbindung gebracht, allein er hat doch eine solche Bedeutung, daß er viel natürlicher auf den Indicienbeweis als auf die anderen im Civilprocesse vorkommenden Beweismittel paßt, deren unsere Civilproceß-Ordnung ausdrücklich nur fünf anerkennt, nämlich: das Geständniß, den Beweis durch Urkunden, welcher sich in Sachen dieser Art ebenfalls wieder auf das Geständniß reducirt, den Beweis durch Kunstverständige, auf welchen

sich in einer Sache wie diese der Kläger unmöglich berufen kann, den Beweis durch Zeugen und den durch den Eid. Und daß wirklich immer in Processen dieser Art auf den Indicienbeweis Rücksicht genommen wird, ist eine Thatsache, welche ihre Berechtigung in der logischen Nothwendigkeit des Vorganges und in der Natur der Thatumstände findet, um deren Beweis es sich eben handelt. Wenn nun der Fortschritt der Aufklärung und die Anstrengungen menschenfreundlicher Rechtsgelehrten und Philosophen es dahin gebracht haben, daß aus dem Criminalprocesse nicht blos die Tortur, sondern auch der Eid des Angeklagten verschwunden ist — beides Zwangsmittel, jenes ein physisches, dieses ein moralisches, darauf berechnet, um jeden Preis das Geständniß zu erlangen —: so scheint derselbe Entwicklungsgang auch dahin führen zu müssen, daß in den Paternitätsprocessen der Eid, auch wenn er in Form und unter der Benennung eines Haupteides aufgetragen wird, für unzulässig erklärt werde. Im Criminalprocesse wurde der Reinigungseid ausgeschlossen, um die Lage des Beschuldigten nicht über Gebühr dadurch zu beschweren, daß man ihm nur die Alternative läßt, sich durch seine eigene Aussage zu verurtheilen oder der Schuld, die bereits auf ihm lastet, eine neue und schwerere, die des Meineides, hinzuzufügen. In demselben Sinne scheint es unzulässig, daß in einem Paternitätsprocesse ein Mensch in die Lage gebracht wird, entweder durch sein Stillschweigen eine ihm zur Unehre gereichende Thatsache, nämlich eine Handlung, welche die bürgerlichen Gesetze zwar nicht mit Strafe bedrohen, welche aber die Religion, die Moral und die öffentliche Meinung mißbilligen, zugestehen, oder einen falschen Eid schwören zu müssen. Zu allen diesen Erwägungen kommt noch hinzu, daß der Haupteid in einem Falle wie der gegenwärtige sich auf einen Umstand bezieht, welchen in die Eidesformel aufzunehmen, schon die Heiligkeit des Eides selbst verbietet, ferner, daß der Eid durch das Gesetz selbst dem Vergleiche gleichgestellt wird, und daß in Processen über den Personalstand ein Vergleich nicht zulässig ist."

Gründe der II. Instanz: „Die Zulässigkeit des Haupteides im Paternitästprocesse über die Thatsache, daß der angebliche Vater der Mutter innerhalb des im §. 163 a. b. G. B. erwähnten Zeitraumes beigewohnt habe, ist bereits in vielen anderen Fällen dieser Art anerkannt worden und muß es auch im gegenwärtigen Processe werden. — Die Proceßordnung zählt die verschiedenen Beweismittel, unter diesen auch den Haupteid auf, ohne zwischen einem Beweise und dem andern zu unterscheiden, und läßt vielmehr den Parteien die Wahl desjenigen Beweismittels, welches sie vorziehen zu sollen glauben. Da nun ferner in einem Falle, wo es sich um fleischliche Beiwohnung handelt, nicht vorauszusetzen ist, daß diese von den meisten Menschen sorgfältig geheimgehaltene Thatsache durch Zeugen werde bewiesen werden können, ist der §. 163 a. b. G. B. noch überdies denjenigen, welche auf Anerkennung der Vaterschaft klagen, zu Hilfe gekommen, indem er, weit entfernt, die gewöhnlichen Beweismittel auszuschließen, vielmehr noch eines hinzugefügt hat.

In der That erklärt jener Paragraph die Ueberweisung des Geklagten für zulässig, und bezeichnet damit wohl jenen Beweis, welcher durch das Zusammentreffen der Umstände erlangt wird, und welcher auch in anderen schwer nachweisbaren Fällen, z. B. wenn es sich um simulirte Verträge, um die erzwungene Zustimmung zu einem Vertrage handelt, gebraucht werden darf. Ferner hat dieser Paragraph auch noch dem §. 165 ital. G. O. (§. 110 a. G. O.) insoferne derogirt, als er selbst auch das außergerichtliche Geständniß als Beweismittel zuläßt, ohne zu verlangen, daß das Geständniß auf Befragen einer Person abgelegt worden sei, welche das Recht hat, die Wahrheit zu erfahren. Wenn nun das Gesetz im Paternitätsprocesse den Haupteid nicht hätte zulassen wollen, so hätte es dieses ausdrücklich erklärt, wie im §. 99 a. b. G. B. geschieht. — Wider die Zulässigkeit des Haupteides wird von Manchen vorgebracht, daß durch die Auftragung dieses Eides die Partei aufgefordert wird, über ihre eigene Schande zu schwören. Es läßt sich nun allerdings nicht läugnen, daß jene Handlung eine von der Religion und Moral mißbilligte ist, allein sie ist, wenn nicht eine Drohung oder Gewaltthätigkeit oder wenigstens Irreführung vorausgeht — Umstände, um welche es sich im vorliegenden Falle nicht handelt — doch nicht eine gesetzlich strafbare. Es kann daher im gegebenen Falle die Furcht vor Strafe dem Gewissen des Schwörenden keinen Zwang anthun, sondern die einzig möglichen Consequenzen sind die in der Anerkennung des Rechtsverhältnisses zwischen Vater und Kind im Sinne der §§. 166, 167 und 171 a. b. G. B. begründeten. Wenn ferner ein Sohn das Recht hat, in Erfahrung zu bringen, wer sein Vater sei, und wenn ihm, um dieses zu erfahren, kein anderes Mittel bleibt, als das des Haupteides; so hieße es ihn um sein Recht bringen, wenn man ihm dieses einzige Beweismittel versagt, blos um dem Vater eine unangenehme Lage zu ersparen, welcher er sich jedenfalls entziehen kann, — wenn er wirklich der Mutter beigewohnt hat, indem er nicht schwört, und im entgegengesetzten Falle, indem er den Eid ruhig ablegt. Eine andere Einwendung, welche gegen die Zulässigkeit des Eides vorgebracht wird, ist diese, daß er sich in einem solchen Falle in einen Reinigungseid auflöst; allein vor allem muß bemerkt werden, daß der Reinigungseid nicht absolut unzulässig ist, denn er ist ausdrücklich zugelassen zur Ergänzung des Beweises in dem Falle, in welchem auch ein Erfüllungseid zugelassen ist. Da es sich ferner um einen erheblichen Umstand handelt, muß der Partei das Recht eingeräumt werden, über diesen wie über jenen anderen Thatumstand den Haupteid aufzutragen, vorausgesetzt, daß sie das Recht hat, sich über die Streitsache zu vergleichen, ein Recht, welches dem Kläger im vorliegenden Falle von der Vormundschaftsbehörde ausdrücklich eingeräumt wurde. — Man kann ferner im vorliegenden Falle nicht sagen, daß der Haupteid muthwillig, auf's Gerathewohl aufgetragen wurde, gewissermaßen mehr als Mittel, um eine unbekannte Thatsache zu erfahren, als vielmehr um eine bereits durch

das Zusammentreffen vielfacher, durch die Zeugenaussagen festgestellter Umstände, wahrscheinlich gemachte Thatsache, vollends zu beweisen."

Nr. 7.

Erwerbung des Eigenthums an Sachen, welche sich in gerichtlicher Verwahrung befinden.

Entsch. v. 23. Dec. 1853, Nr. 11400 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 14. März 1853, Nr. 28823, Abänd. des Urtheils des App. G. Venedig vom 27. Juli 1853, Nr. 7752). Giorn. di Giurispr. pr. 1854, S. 103 ff.

A hatte im Laufe des Executionsverfahrens wider seinen Schuldner B einen Bescheid erwirkt, mit welchem ihm zur theilweisen Tilgung seiner Forderung verschiedene Pretiosen, welche für B sich in gerichtlicher Verwahrung befanden, zugewiesen wurden, wobei ihm vorbehalten blieb, nach eingetretener Rechtskraft dieses Bescheides um die Erfolglassung anzusuchen. Dieser Bescheid wurde auch im Hauptbuch des Depositenamtes angemerkt und erwuchs zur Rechtskraft; allein vor der wirklichen Erfolglassung brach über B der Concurs aus, und A klagte wider des letzteren Concursmassa auf Anerkennung seines Eigenthums. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren Statt „in der Erwägung, daß, da die Zuweisung an Zahlungsstatt erfolgte, und diese demjenigen, zu dessen Gunsten sie stattfindet, das Eigenthum der zugewiesenen Sache verschafft, durch den fraglichen Bescheid das Eigenthum der erwähnten Gegenstände unmittelbar auf den Gläubiger übergegangen ist, und daß daran die später erfolgte Concurseröffnung nichts ändern könne".

Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren ab, in der Erwägung, „daß nach §. 426 a. b. G. B. das Eigenthum einer beweglichen Sache nur durch die wirkliche Uebergabe derselben erworben werde; daß der Zuweisungsbescheid dem Kläger wohl einen Titel zur Erwerbung der erwähnten, im Depositenamte befindlichen Gegenstände... verschaffte, nicht aber unverzüglich und unabhängig von der Erfolglassung ihm das Eigenthum selbst übertrug; daß diese Erfolglassung und Uebergabe weder bewilligt, noch auch nur vom Gläubiger jemals begehrt worden ist, obgleich diesem gestattet war, nach Rechtskraft jenes Bescheides darum anzusuchen, daß inzwischen der Concurs eröffnet und durch diesen jedem weiteren Executionsact Einhalt gethan worden ist; in Anbetracht ferner der Bestimmungen der §§. 1045 und 1053 des a. b. G. B., nach welchen der Uebergang des Eigenthums verkaufter oder vertauschter Gegenstände erst mit der wirklichen Uebergabe erfolgt."

Der oberste G. H. bestätigte das Urtheil der ersten Instanz und bemerkte, den Ausführungen des O. L. G. gegenüber, daß, wenn in der Regel das Eigenthum beweglicher Sachen nur durch deren materielle

Uebergabe auf einen Andern übergeht, die §§. 426—428 a. b. G. B. auch von einer symbolischen Uebergabe sprechen, welche dort stattfindet, wo die materielle nicht sogleich ausführbar ist; daß dieser Fall eben hier eintrat; daß das Anweisungsdecret des Gerichtes und dessen Intimation an den Executen und an das Depositenamt eine symbolische Uebergabe enthielten und daß, wenn der Gläubiger und neue Eigenthümer noch angewiesen wurde, die wirkliche Ausfolgung der Effecten nach eingetretener Rechtskraft des Decrets mit besonderem Gesuch zu begehren, dies nur geschehen ist, um den bei solchen Ausfolgungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu genügen.

Nr. 8.

Ungiltigkeit der aus Anlaß einer außergerichtlichen Scheidung getroffenen vermögensrechtlichen Verabredungen. Ungiltigkeit der Verbürgung dafür.

Entsch. vom 30. Dec. 1853, Nr. 13102 (Best. des Urtheils der Prätur Padua v. 21. Juli 1853, Nr. 6377, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 4. Nov. 1853, Nr. 11621). Eco dei Tribunali 1854, S. 445.

Die Ehegatten A und B kamen außergerichtlich überein, von Tisch und Bett geschieden zu leben. In der darüber errichteten Urkunde vom 1. October 1849 verpflichtete sich die Ehegattin, ihrem Gatten zur Bestreitung seines Unterhaltes täglich 1 L. A. zu zahlen, auch ihr Kind selbst zu verpflegen und zu erziehen. Ihr Onkel C stand als Bürge und Zahler für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit ein und wurde deßhalb, als diese ausblieb, von A geklagt. Die erste Instanz wies das Klagebegehren aus folgenden Gründen zurück:

„Die Scheidung von Tisch und Bett kann, gleichviel ob einverständlich oder nicht, nur nach Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und nur gerichtlich erfolgen, da der Staat das Institut der Ehe bei der großen Bedeutung desselben für öffentliche Interessen mit seinem Schutze nach Möglichkeit umgeben muß. Jede Uebereinkunft der Gatten, welche auf ihre Scheidung, ihre Güter, die Behandlung der Kinder u. s. w. Bezug hat, ist also an sich ungiltig und unwirksam, wenn sie nicht durch die Mitwirkung des zuständigen Gerichtes bestärkt wird. Der Kläger erkennt das zwar in der Replik an, versucht es aber geltend zu machen, daß es sich hier nur um Zahlung des zugesagten Unterhaltsbeitrages handle und daß überdies seine Klage nicht gegen seine Gattin, sondern gegen einen Dritten als Bürgen gerichtet sei. Allein diese Deduction ist nicht haltbar. Eine Verabredung, wie die vorliegende, vermag keine Rechtsverhältnisse zu begründen, und diese Nichtigkeit trifft alle Stipulationen ohne Unterschied, welche auf der Basis der beabsichtigten Scheidung von Tisch und Bett beruhen. Dies gilt also auch von derjenigen, auf welche der Kläger

sich bezieht, wobei es gleichgiltig ist, daß die Klage nur gegen den Bürgen gerichtet wird, weil auch dieser nicht gehalten ist, für die Erfüllung einer gesetzlich unwirksamen Verbindlichkeit einzustehen (§. 1351 a. b. G. B.)“

Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren Statt. „Die Urkunde vom 1. October 1849 bezieht sich nicht auf einen gesetzlich untersagten Vertrag, sondern nur auf einen solchen, welchem die auf Beobachtung des §. 8 der Gubernialverordnung vom 7. August 1819 (Hofd. v. 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595) und der §§. 103—105 a. b. G. B. beruhende Sanction des Richters fehlt. Dieser Mangel kann aber nicht vom Geklagten geltend gemacht werden, der nur angegangen wird, eine Alimentations-Verpflichtung seiner Nichte, die auch für sich allein und unabhängig von der Scheidung existiren könnte, zu erfüllen; da er das Motiv (causale) kannte, welches die Nichte bestimmte, sich zu jener Leistung zu verpflichten, und dennoch als Schuldner eintrat, kann er sich nicht durch den Vorwand befreien, daß das Uebereinkommen der Ehegatten nicht in gesetzmäßiger Weise sanctionirt wurde; denn diese Einwendung steht nur der Ehegattin, nicht dem Bürgen zu. Es ist daher §. 1351 a. b. G. B. auf diesen Fall unanwendbar. Es handelt sich nur darum, daß die vermögliche Frau für den Unterhalt ihres mittellosen Gatten Vorsorge trifft, was sie auch ohne Scheidung von Tisch und Bett thun kann. Da nun der Geklagte blos für diese Verpflichtung seiner Nichte gegen ihren Gatten, welchen sie auch beim Zusammenleben hätte versorgen müssen, einsteht, kann er gegen die Giltigkeit jenes Actes nichts einwenden. Auch wird durch diesen Vertrag die öffentliche Moral nicht verletzt; denn das Uebereinkommen, geschieden zu leben, ist, wie gesagt, nicht verboten; es bedarf nur, um legal zu sein, gewisser Formen, aber der Mangel derselben kann Dritte von ihren, von dem illegalen Act gar nicht berührten Pflichten nicht entbinden.“

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz in Erwägung, daß das ohne Intervention des Richters getroffene Uebereinkommen der Ehegatten, von einander abgesondert zu leben, worin die Scheidung von Tisch und Bett eben besteht, durch §. 93 a. b. G. B. verboten, daher nichtig und unwirksam ist, demnach auch jede weitere Verabredung, die mit Bezug auf jenes Uebereinkommen getroffen wurde, insbesondere jedes Versprechen unwirksam ist, welches von dem einen Gatten dem anderen dafür gemacht wurde, daß der Letztere zu jenem vom Gesetz verbotenen Act seine Zustimmung gibt; daß Demjenigen, welchem ein solches Versprechen für eine solche unerlaubte Handlung gegeben wurde, niemals ein Klagerecht auf dessen Erfüllung zustehen kann; daß der Dritte, der eine solche Verbindlichkeit übernommen oder bekräftigt hat, ebensowenig verpflichtet erscheint, dieselbe einzuhalten; daß durch diese in den §§. 878, 1174 und 1351 a. b. G. B. klar und bestimmt ausgesprochenen Grundsätze die Abweisung des Klägers gerechtfertigt ist.

1854.

Nr. 9.

Unzulässigkeit des Klagrückerlags auf Grund der Streithängigkeit.

Entsch. vom 10. Jänner 1854, Nr. 164 (Best. der gleichlautenden Entscheidungen des H. G. Venedig vom 2. Dec. 1853, Nr. 18194 und des O. L. G. Venedig v. 22. Dec. 1853, Nr. 15361). Eco d. Trib. 1854, S. 136 ff.

A hatte die B, welche kein Handelsgeschäft treibt, auf Grund eines wechselartigen Papieres bei ihrer ordentlichen Personalinstanz geklagt, war aber auf Grund der von der B erhobenen Einwendung der Incompetenz an den Causalgerichtsstand gewiesen worden. Das Handelsgericht sah jedoch in der fraglichen Urkunde keinen Wechsel und ordnete eine Tagsatzung in solcher Weise an, daß A eine neue Competenzeinwendung besorgen mußte. Er suchte daher um Restitution gegen die verstrichene Fallfrist zum Recurs wider den ersten Bescheid an; der B wurde dieses Gesuch gleichzeitig mit dem Bescheid des Handelsgerichtes zugestellt. Sie legte nunmehr bei letzterem die Klage wegen Litispendenz zurück, indem sie sich darauf berief, daß durch das Restitutionsgesuch die Sache bei der Personalinstanz wieder in Gang gebracht sei. Mit diesem Ansuchen wurde sie aber ex primo decreto in allen drei Instanzen abgewiesen. Die vom obersten Gerichtshof gebilligten Motive der zweiten Instanz beruhen auf der Erwägung, „daß §. 35 der ital. G. O. (§. 35 westg. G. O. vgl. Hfd. v. 15. Jänner 1787, Nr. 621, Wessely I Nr. 17) ein eigenthümliches Incidentalverfahren nur für den Fall vorschreibt, wo der Geklagte die exceptio rei judicatae erhebt, daß er aber von der Einwendung der Streitanhängigkeit schweigt, welche nach §. 6 der ital. G. O. (§. 7 a. G. O.) zugleich mit der Hauptsache anzubringen ist."

Nr. 10.

Giltigkeit einer von einem Minderjährigen vorgenommenen Veräußerung.

Entsch. vom 11. Jänner 1854, Nr. 13240 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand v. 5. August 1853, Nr. 704, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 6. Oct. 1853, Nr. 11762). Gazz. dei Trib. 1854, S. 214 ff.

B war seinem Bruder C 9600 Mailänder Lire schuldig; diese Forderung schenkte C, der später unter Curatel gesetzt werden mußte, im August 1847 der A, mit welcher er, wie es scheint, in einem unerlaubten Verhältniß stand. Die A, welche damals zwar erst 23 Jahre alt war, hatte schon 4 Jahre vorher das Haus ihres Vaters verlassen, war auf mehreren Bühnen aufgetreten, hatte sich verheiratet, war Mutter geworden und lebte nun geschieden von ihrem Manne. In der Besorgniß, daß die Schenkung anfechtbar sein könnte, schloß sie acht Tage nach der Schenkung mit dem Schuldner und Cessus B ein Uebereinkommen, kraft dessen sie ihm die Forderung von 750 L. A. in Form einer Cession erließ. Sie tritt nun, im Jahre 1852, gegen den Erben des inzwischen verstorbenen B mit einer Klage auf Nichtigerklärung der Cession auf, indem sie sich auf ihre Minderjährigkeit beruft. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab; die zweite gab ihm unter einfacher Berufung auf §. 244 a. b. G. B. Statt. Die dritte Instanz bestätigte die Entscheidung der ersten, welche folgendermaßen begründet war:

„Wenngleich §. 244 a. b. G. B. im Allgemeinen anordnet, daß ein Minderjähriger keine Verbindlichkeiten eingehen könne, so wird doch diese Anordnung durch die nachfolgenden §§. 246, 247 und 865 eingeschränkt, aus deren übereinstimmendem Sinne sich zweifellos ergibt, daß das Gesetz nicht eine absolute Unfähigkeit, sondern eine relative vor Augen hatte, da in der That die Unfähigkeit des Wahnsinnigen und des Kindes, welchen die Willensfähigkeit absolut mangelt, ganz verschieden ist von der Handlungsunfähigkeit desjenigen, dem nur noch einige Jahre zur Volljährigkeit fehlen. Selbst das römische Recht geht in seiner Strenge nicht so weit, die Verpflichtung der Minderjährigen gänzlich zu annulliren. (L. 44 D. de minorib. 4,4: Non omnia, quae minores annis viginti-quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae, causa cognita, ejusmodi deprehensa sunt, ut si, ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt, omiserunt, aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverunt.) Ebenso gewährt das österreichische Gesetz den Minderjährigen seinen Schutz nur um der Schwäche ihres Urtheiles, welches noch nicht gereift ist, zu Hilfe zu kommen. Aber eine solche Begünstigung hat ihre Grenzen, und kann nicht so weit gehen, einen unredlichen Minderjährigen zu unterstützen, welcher sich weigert, Verpflichtungen zu erfüllen, die er mit gutem Bedacht eingegangen ist. Wenn ein Minderjähriger ein Geschäft abschließt, welches er auch bei guter Ueberlegung abge-

schlossen haben würde, dann kann er die Erfüllung des Vertrages nicht verweigern; non enim, sagt Voet, circumventus videri potest, qui, etsi major esset, idem fuisset damnum passurus. Der Vortheil nun, welchen ein Minderjähriger aus einem Vertrage zieht, darf nicht blos in dem eingeschränkten Sinne eines Geld-Interesse aufgefaßt werden, sondern man muß ihn auch würdigen mit Rücksicht auf die übrigen Umstände und die übrigen Interessen, welche die bürgerliche Gesellschaft in Anschlag bringt; und insbesondere mit Rücksicht auf Ehre, guten Namen und Ansehen in der Welt. Wenn daher die Klägerin auf einen Theil der ihr aus der vorausgegangenen Schenkung erwachsenden Rechte Verzicht geleistet hat, und es also auf den ersten Blick scheinen kann, als ob sie eine Verbindlichkeit übernommen hätte, die sie als Minderjährige nicht giltig übernehmen konnte, so verhält es sich doch anders mit Rücksicht auf die Umstände, unter welchen der Vertrag abgeschlossen worden ist. Die Klägerin war der Unanfechtbarkeit der fraglichen Schenkung nicht sicher; die Geistesschwäche des Schenkers, welcher später unter Curatel gestellt werden mußte, war wahrscheinlich schon damals zu erkennen; auch rührte die Schenkung von einem Verhältnisse her, welches, wenn es auch nicht Einfluß auf die Giltigkeit derselben haben mochte, doch so beschaffen war, daß das Schamgefühl die Klägerin drängen mußte, es mit dem Schleier eines anderen Actes zu bedecken, welcher ihr immerhin noch einige Vortheile sicherte und doch dem Ganzen seine den Anstand verletzende Erscheinung nahm. Die Klägerin konnte daher in richtiger und anerkennenswerther Berücksichtigung dessen, was sie ihrer Ehre und ihrem guten Rufe schuldig ist, trotz ihrer Minderjährigkeit giltig die erlangte Schenkung theilweise aufgeben und sich mit einem zwar kleineren, aber sicheren und unmittelbar zu erlangenden Vortheile begnügen. Auch der Umstand, daß sie das ihr angebotene Entgelt wirklich angenommen hat, muß dem Cessionar zu Statten kommen, welcher überdies in dem fraglichen Vertrage ausdrücklich erklärte, daß er sich zu demselben in der Erwägung herbeilasse, daß die aus demselben ihm erwachsenden Vortheile ihn in die Lage bringen werden, seinen Bruder, den Schenker, in seiner nahe bevorstehenden Hilflosigkeit zu unterstützen. Wenn demnach in Folge der Cession der Cessionar sich zu einer ausgiebigeren Unterstützung des Schenkers, seines Bruders, anheischig machte, so hat auf der anderen Seite die Klägerin, indem sie auf die Cession sich einließ, auch eine Pflicht der Dankbarkeit gegen ihren Wohlthäter erfüllt, und da nun bewiesen ist, daß keine Täuschung und kein Irrthum die Klägerin zum Abschlusse des fraglichen Vertrages bestimmte, sondern daß dieselbe sich durch die Erwägung ihres Interesse, der Schicklichkeit, der Moral dazu bestimmen lassen konnte, Erwägungen, welche die Gerichte nur ehren und anerkennen müssen — wurde ohne Weiteres angenommen, daß der Vertrag zu Recht bestehe und die Klage abzuweisen sei."

In den mit der erstgerichtlichen Motivirung übereinstimmenden Gründen der dritten Instanz wird die Unredlichkeit der Klageführung

insbesondere auch mit der Bemerkung hervorgehoben, daß die A, welche im Jahre 1847 in einem Alter von 23 Jahren und 9 Monaten als Frau und Mutter, der gegenüber jeder Zweifel über die Großjährigkeit schwand, aus gerechter Besorgniß der Anfechtung der Schenkung des C gern für die erst künftig zu realisirende Donationssumme die Cessionsvaluta von 750 L. A. sogleich baar annahm, nun aber, nach fünf Jahren, weil sie vielleicht weiß, welchen Schwierigkeiten die Umstoßung der Donation jetzt begegnen dürfte, das Plus der Schenkung gegen die Verlassenschaft des B geltend machen möchte.

Nr. 11.

Nichtberücksichtigung mündlicher, von dem Inhalt der Vertragsurkunde abweichender Verabredungen. — Unzulässigkeit des Haupteides, wenn die durch denselben zu erweisende Behauptung durch das Resultat des vom Deferenten geführten Zeugenbeweises schon widerlegt ist.

Entsch. vom 31. Jänner 1854, Nr. 843 (Best. des Urtheils der Prätur Pavia v. 6. Nov. 1853, Nr. 3700, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 10. Dec. 1853, Nr. 14025). G. Z. 1854, Nr. 86.

In dem zwischen A und Pfarrer B schriftlich auf 9 Jahre abgeschlossenen Pachtvertrage über mehrere zur Pfründe des letzteren gehörige Grundstücke ist dem Verpächter das Recht vorbehalten, von drei zu drei Jahren aufzukündigen. A widersetzt sich der Aufkündigung, indem er durch Zeugen und Haupteid beweisen will, daß nicht nur bei der Ausfertigung der Vertragsurkunde, sondern auch nach der Unterschrift ein neues Uebereinkommen bezüglich der Dauer des Pachtvertrages dahin geschlossen worden sei, daß dieser Vertrag 9 Jahre zu dauern habe, wenn B so lange Besitzer der Pfründe bleibe. Nachdem der Zeugenbeweis zum Nachtheil des A ausgefallen war, wurde in erster Instanz die Aufkündigung aufrecht erhalten; in zweiter Instanz ward der Rücklegung stattgegeben, gegen Ablegung des Haupteides darüber, daß „nach dem Vertrage mündlich das Uebereinkommen getroffen sei u. s. w."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen:

„Weder die in der Klage dargestellten, noch die in die Formel des in der Replik aufgetragenen Haupteides aufgenommenen Umstände bilden, wie es zur Rechtswirksamkeit der Opposition des Klägers erforderlich wäre, die genaue und bestimmte Thatsache (il fatto preciso e concreto) eines von dem Kläger angenommenen mündlichen Versprechens des Geklagten, welches der Pachtvertrags-Urkunde vom 14. August 1850 nach-

gefolgt wäre und unabhängig von dieser einen neuen Vertrag bilden würde, wodurch die in jener Urkunde zu Gunsten beider Theile bedungene Berechtigung, die Pachtung von drei zu drei Jahren aufzulösen, aufgehoben wäre. Die Erklärungen der vertragschließenden Theile bei Gelegenheit der Errichtung eines schriftlichen Vertrages, die daher gleichzeitig sind, können nicht in Betracht gezogen werden, insofern sie mit der Urkunde nicht übereinstimmen oder neue Zusätze enthalten (§. 887 a. b. G. B.). Es können aber auch solche Aeußerungen, welche während der Ausfertigung der Urkunde oder der Beisetzung der Unterschriften gemacht werden, nicht als der Urkunde nachgefolgt und daher einen dieselbe aufhebenden oder abändernden Vertrag enthaltend, betrachtet werden; denn solche Aeußerungen beziehen sich ihrer Natur nach auf die Verhandlung des Geschäftes, welches so lange nicht ein schriftlich abgeschlossenes genannt werden kann, als die Ausfertigung der Urkunde und die Beisetzung der Unterschriften noch im Zuge ist. Es konnte daher auch der von dem zweiten Richter zugelassene Haupteid nicht zureichen, den Streit zu entscheiden, weil die Fassung dieses Eides in Betreff der Zeit des behaupteten neuen Uebereinkommens zu allgemein und unbestimmt ist. Ueberhaupt aber konnte dieser Haupteid auch dem Ergebnisse der Zeugenabhörung gegenüber nicht zugelassen werden, da diese Vernehmung nicht nur den Behauptungen des Klägers nicht entsprach, von dem sie doch veranlaßt wurde, sondern dieselben sogar widerlegte."

Nr. 12.

Pränumeration auf ein in Lieferungen erscheinendes Werk.

Entsch. vom 25. Febr. 1854, Nr. 475 (Best. des das Urtheil der Prätur Crema v. 2. Juli 1853, Nr. 3786 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 28. Oct. 1853, Nr. 12519). G. Z. 1858, Nr. 125. Gaz. d. Trib. 1858, S. 454.

Die Verlagsbuchhandlung Antonelli in Venedig eröffnete im Jahre 1845 eine Pränumeration auf ein Werk, betitelt: „Geographische Encyklopädie oder Wörterbuch, enthaltend alle Orte der Erde." Unter den Bedingnissen werden folgende erwähnt: 1. Das Werk wird in 10 Bände, jeder Band in 10 Lieferungen zu 8 Bogen eingetheilt sein u. s. w. 4. Pränumerationen werden angenommen beim Verleger und allen bedeutenden Buchhändlern Italiens. Im Jahre 1852 pränumerirte B darauf mittelst folgenden Pränumerationsscheines: „Ich Endesgefertigter pränumerire auf das in Venedig bei Antonelli gedruckte Werk: „Geographische Encyklopädie" mit beiläufig 10 bereits erschienenen Bänden zu den in den gedruckten Bedingnissen bestimmten Preisen und werde dasselbe franco in Crema bei X beziehen, gegen baare Bezahlung." Als in der Folge dem

B von X die erschienenen 69 Lieferungen des Werkes angeboten wurden, verweigerte er die Annahme und Bezahlung, indem er vorgab, er habe nur unter der Bedingung pränumerirt, das Werk complet zu erhalten. Hierauf klagte die Firma A in Lodi als Besitzerin des von B ausgestellten Pränumerationsscheines denselben auf Annahme und Bezahlung. Nachdem das erstrichterliche Urtheil den Geklagten losgesprochen, verurtheilte ihn die zweite Instanz aus folgenden Gründen: „Auf die Klage der Firma A wendete der Geklagte vor Allem ein, daß ihr das Klagerecht nicht zustehe, da sie nicht nachweise, mit ihm einen Pränumerationsvertrag über die „geographische Encyklopädie" abgeschlossen zu haben, und da sie nicht als Bevollmächtigte des Verlegers erscheine. Allein es geht aus den von der Verlagsbuchhandlung veröffentlichten Bedingungen hervor, daß die bedeutenderen Buchhändler Italiens mit Annahme der Pränumerationen beauftragt waren; ferner ist ersichtlich, daß sich Kläger, der einen ausgedehnten Buchhandel in Lodi betreibt, im Besitz des Pränumerationsscheines befindet, der das Schulddocument darstellt. Wenn man den Beweis des im Allgemeinen ertheilten Mandats, Pränumerationen anzunehmen, mit dem der wirklichen Annahme desselben verbindet, der sich aus dem Besitz des vorerwähnten Documentes ergibt, so hat man sicher eine hinreichende Begründung des streitigen Klagerechtes; besonders wenn man auf die minder strengen Förmlichkeiten des kaufmännischen Verkehrs Rücksicht nimmt und bedenkt, daß wer die Waare anbietet und damit beweist, daß er zu ihrem Verkaufe berechtigt ist, auch als gesetzlich ermächtigt, den Preis zu verlangen, betrachtet wird. — Der Geklagte wendete ferner ein, daß die von ihm übernommene Verpflichtung nicht zu Recht bestehe, da die ihm Schein enthaltene Bedingung, daß es sich um ein bereits completes Werk handle, nicht erfüllt worden sei. Daß jedoch dies die Absicht des Geklagten gewesen sei, geht aus dem Scheine nicht hervor, und um eine wesentlich beschränkende Bedingung eines Pränumerationsvertrages annehmen zu können, wären klare und genaue Bezeichnungen nothwendig gewesen, die aber durchaus fehlen. Allein abgesehen von diesem Mangel, finden sich vielmehr Beweisgründe für das Gegentheil. Die Pränumeration auf ein literarisches Werk setzt nothwendig ein solches voraus, das erst veröffentlicht werden soll oder sich im Druck befindet, indem man auf ein bereits vollendetes Unternehmen nicht zu pränumeriren braucht; in diesem Falle kauft man das Werk, statt zu pränumeriren. Die Thatsache also, daß der Geklagte auf die „geographische Encyklopädie" pränumerirte, schließt natürlich dessen Vermuthung aus, daß das Werk bereits complet sei. Ebenso wird diese Vermuthung durch den Ausdruck „mit beiläufig 10 Bänden" ausgeschlossen, da bei einem vollendeten Werke die Anzahl der Bände mit Sicherheit bestimmt sein müßte. Man kann daher weder einen Irrthum annehmen, noch die stillschweigende Beschränkung auf ein completes Werk. Der einzige Ausdruck, der zu einem Irrthum Anlaß geben konnte, wäre jener „von beiläufig 10 bereits erschienenen Bänden," aber diese ganz ungenaue

Bezeichnung kann auch so ausgelegt werden, daß sie bereits größtentheils veröffentlicht waren, wie dies in der That bezüglich der 10 Bände der Fall war, aus denen laut Programm das ganze Werk bestehen sollte. Von einer Bedingung, nur für das vollständige Werk zu bezahlen, findet man übrigens in jener Schrift keine irgend genaue Andeutung. Man erinnere sich übrigens der Preisbestimmung in den gedruckten Bedingnissen, wo vielmehr die Bezahlung jeder Lieferung stipulirt worden war; wenn der Geklagte diese Bedingung nicht hätte annehmen wollen, so mußte er es ausdrücklich erklären, indem man sonst die zweideutigen Ausdrücke, deren er sich bediente, zu seinem Nachtheil auslegen muß."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil aus den nämlichen Gründen.

Nr. 13.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Prälegat oder Zuweisung einer bestimmten Sache zur Einbeziehung in den Erbtheil?

Entsch. vom 15. Februar 1854, Nr. 502 (Best. des Urtheils der Prätur Sacile v. 21. Mai 1853, Nr. 2414, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 18. Oct. 1853, Nr. 9962). Eco d. Trib. 1854, S. 319 ff.

M hinterließ ein Testament, in welchem er seine Neffen zur einen Hälfte und seine Wirthschafterin B zur anderen Hälfte als Erben einsetzte. Ein späteres Codicill lautete: „Ich will, daß mein Haus in S., sammt Zugehör und allem, was sich darin befindet, Gold, Silber u. s. w. das unbeschränkte Eigenthum (la proprietà assoluta) der B werde." — Die Neffen behaupten, der Werth dieses Legats sei in die der B zufallenden Hälfte einzurechnen; sie verlangen also, daß die Verlassenschaft in zwei gleiche Theile getheilt und das Haus sammt Zugehör in den der B zufallenden Theil einbezogen werde. Die B dagegen behauptet, das Haus sei ihr vermacht, müsse also für sie erst aus der Verlassenschaftsmasse ausgeschieden werden, welche erst dann in zwei gleiche Hälften zu theilen sei. In erster Instanz wird dem Begehren der Neffen stattgegeben. Das Gericht beruft sich darauf, daß das Codicill mit dem Testament nicht in unlösbarem Widerspruche stehe, daß also auch nicht anzunehmen sei, der Erblasser habe durch jenes dieses ändern und von der vorgeschriebenen gleichen Theilung abgehen wollen. Auch spreche für die Neffen die Analogie des §. 671 a. b. G. B. — Die zweite Instanz hält sich an die Worte: proprietà assoluta im Codicille, und weist deshalb das Klagbegehren zurück. Die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz und zwar aus folgenden Gründen:

„Die §§. 648 und 649 a. b. G. B., auf welche sich zu berufen keinem der beiden unteren Gerichte einfiel, entscheiden die Rechtsfrage, um welche es sich hier handelt. Da nach der im §. 649 a. b. G. B. aufgestellten Regel die Vermächtnisse allen Erben nach Maßgabe ihres Erbtheiles zur Last fallen, würde es der Geklagten, welche sich weigert, aus der ihr zufallenden Hälfte des Nachlasses nach M zur Berichtigung des ihr zugedachten Legates... beizutragen, obliegen, zu beweisen, daß der Ausnahmsfall des §. 648 a. b. G. B. bestehe, daß nämlich jenes Vermächtniß ein Prälegat sei, und sie daher in Bezug auf dasselbe nur als Vermächtnißnehmerin zu behandeln sei. Dies geht aber weder aus den Worten noch aus dem Sinn der beiden letztwilligen Erklärungen hervor, da die spätere, ohne an der früheren ausdrücklich etwas... zu ändern, nur ein Legat anordnet. Ein solches ist aber seiner Natur und Wirkung nach recht wohl damit in Einklang zu bringen, daß die Geklagte als Miterbin auch Mitschuldnerin bezüglich desselben gegenüber der gesammten Verlassenschaft nach Maßgabe ihres Antheils bleibt, und so aus jener Anordnung nur das Recht ableiten kann, auf Rechnung ihres Antheils das ausschließliche Eigenthum der ihr vermachten Sachen zu erlangen."

Nr. 14.

Beweislast bei der actio negatoria.

Entsch. vom 14. März 1854, Nr. 2135 (Best. des das Urtheil des L. G. Treviso v. 26. August 1853, Nr. 1025, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig vom 9. Nov. 1853, Nr. 12295). Giorn. d. Giurispr. pr. 1854, S. 390 ff. Eco d. Trib. 1855, S. 113 ff.

Es handelt sich um eine actio negatoria gegen die Ausübung einer servitus aquae haustus und eines damit zusammenhängenden Fußsteigrechtes; die Geklagten hatten gegen eine factische Störung in der Ausübung der Servitut schon früher im Besitzstörungsverfahren Schutz gefunden.

Die erste Instanz verurtheilte die Geklagten aus folgenden Gründen: „Wer eine actio negatoria anstellt, muß nur beweisen, daß er Eigenthümer des Grundstückes sei, auf welchem ein Anderer sich eine Servitut anmaßt. Von jedem Grundstücke wird vermuthet, daß es frei sei, und Derjenige, welcher eine Einschränkung dieser Freiheit, der natürlichen Eigenschaft des Eigenthums, behauptet, muß einen Grund angeben können, durch welchen jene Vermuthung überwunden wird.... Der Kläger hat den Titel seines vollen und unbeschränkten Eigenthums... dargethan, und dieser Titel ist wohl stärker, als der bloße Besitz der Geklagten, die nichts anzugeben vermögen, woraus man schließen könnte, daß

das erwiesene Eigenthumsrecht des Klägers durch eine Servitut eingeschränkt sei."

Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren ab. Der Kläger, so heißt es in den Entscheidungsgründen, stelle die actio negatoria an, könne aber nicht leugnen, daß sich Geklagte im Besitz der Servitut befinden. „Bei diesem Stand der Dinge hat der Kläger nach §. 523 a. b. G. B. die Anmaßung der Servitut durch die Geklagten zu beweisen, oder wie die Pragmatisten sagen: tenetur probare dominium cum sua libertate (Pecchius de servit. cap. I. quaest. 10 n. 8, Caroel, de servit. Disquis. 7 n. 6). Dasselbe spricht auch Zeiller (II. S. 366 Nr. 6) aus, wenn er sagt: „„Wer die günstige Entscheidung des Besitzes von dem Servitutsrechte erwirket hat, wälzt dann die Last des Beweises der Freiheit des Eigenthums auf den Gegentheil (§. 324 a. b. G. B.)."" — Die Vermuthung der Freiheit des Eigenthums wird im vorliegenden Falle durch den Besitz der fraglichen Servitut, in welchem sich die Geklagten befinden, völlig aufgehoben; denn auch dieser Besitz hat nach §. 323 a. b. G. B. die Vermuthung eines giltigen Titels für sich, so daß die Geklagten nicht einmal aufgefordert, geschweige denn gezwungen werden können, ihn anzugeben. Da nun diese beiden Vermuthungen sich gegenseitig aufheben und zerstören, bleibt nichts übrig, als den den Beklagten günstigen Besitzstand, in welchem erhalten zu werden sie fordern können, aufrecht zu halten, bis der Kläger sein stärkeres Recht dargethan hat."

Der oberste Gerichtshof hat das Urtheil der zweiten Instanz in der Erwägung bestätigt, daß der Kläger auf die gesetzliche Vermuthung der Freiheit seines Eigenthums sich nicht berufen kann, weil die Geklagten im factischen Besitz des Rechtes, auf seinem Grund Wasser zu schöpfen, sich befinden, was der Kläger selbst in dem voraufgegangenen Besitzstörungsproceß anerkennen mußte, indem er in dem damals geschlossenen — von ihm producirten — Vergleich sich herbeiließ, nicht nur den Geklagten die Ausübung des fraglichen Rechtes noch ferner, bis zur Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites, zu gestatten, sondern auch die von ihm zur Verhinderung dieser Ausübung durch die Geklagten errichtete Mauer abzutragen; daß die Letzteren als Besitzer nach §. 323 a. b. G. B. die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich haben und zu dessen Angabe nicht verhalten werden können, sowie ihnen nach §. 328 a. b. G. B. auch die Vermuthung der Redlichkeit ihres Besitzes zu Statten kommt; daß ferner der Kläger seine Anführung, den Geklagten das Wasserschöpfen nur precarisch gestattet zu haben, auf deren Widerspruch nach §. 479 a. b. G. B. beweisen mußte, allein nicht bewiesen hat.

Nr. 15.

Form der Entscheidung über die gegen ein Executionsgesuch eingebrachte Einwendung der Interessenverjährung.

Entsch. vom 21. März 1854, Nr. 2686 (Best. des Bescheides der Prätur Auronzo vom 3. December 1854, Nr. 6528, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Venedig vom 11. Jänner 1854, Nr. 428). Eco d. Trib. 1855, S. 75. Gaz. d. Trib. 1855, S. 21. Giorn. d. Giurispr. pr. 1854, S. 281.

Auf Grund eines Urtheils vom 18. Nov. 1838 war gegen B die Execution bis zur Schätzung seiner Mobilien geführt, sodann wegen Vergleichsunterhandlungen mit Bescheid vom 11. Jänner 1839 eingestellt worden. Unterm 8. Juni 1853 wurde ein neues Pfändungsgesuch eingebracht, worüber die Prätur eine Tagsatzung anordnete. Bei dieser wendete B unter anderem ein, daß die auf mehr als drei Jahre zurückreichenden Interessen verjährt seien. Die Prätur bewilligte die Execution, weil die dreijährige Interessenverjährung im Executionsverfahren nicht eingewendet werden könne. Die zweite Instanz hob diesen Bescheid auf und trug der Prätur auf, das Executionsgesuch als eine Klage zu behandeln, darüber verhandeln zu lassen und dann durch Urtheil zu erkennen, was Rechtens sei, „da die Einwendung der Verjährung der mehr als drei Jahre rückständigen Interessen sich auf das Meritum beziehe, also nicht im Executionsverfahren beseitigt werden könne, sondern durch förmliches Urtheil erledigt werden müsse."

Die dritte Instanz trug dem O. L. G. auf, über das Meritum der im Recurs behandelten Frage zu entscheiden, „in der Erwägung, daß das Urtheil durch den Zeitablauf seine Executionsfähigkeit nicht verloren hat, daß also Recurrent nicht gezwungen werden kann, einen neuen Proceß zu beginnen und ein neues Urtheil über dasjenige zu erwirken, was ihm bereits rechtskräftig zugesprochen ist; in Erwägung, daß die gänzliche oder theilweise Erlöschung der Schuld nicht bewiesen ist, und daß andere meritorische Einwendungen im Executionsverfahren nicht berücksichtigt werden können; in Erwägung, daß, was die angeregte Frage der Interessenverjährung betrifft, es dem Richter unbenommen bleibt, die Execution nur in dem Umfange zu bewilligen, welchen er gerechtfertigt findet, daß aber kein Grund besteht, eine neue Verhandlung und die Fällung eines neuen Urtheils anzuordnen."

In Folge dieser oberstrichterlichen Entscheidung hat das Oberlandesgericht den Bescheid der ersten Instanz bestätigt und dem Executen nur das Recht der Klageführung vorbehalten.

Nr. 16.

Letztwillige Anordnung zu Gunsten einer „Familie.“ Executionsfähigkeit eines blos gegen ein einzelnes Mitglied dieser Familie ergangenen Urtheils.

Entsch. vom 5. April 1854, Nr. 3432 (Best. der gleichlautenden Entscheidungen der Prätur Murano vom 3. Nov. 1853, Nr. 5001 und des O. L. G. Venedig vom 20. Dec. 1853, Nr. 14979). Eco d. Trib. 1854, S. 169 ff. Gaz. d. Trib. 1854, S. 319 ff.

Franz F hatte in seinem Testament der Kirche zu N. eine Mühle mit der Einschränkung vermacht, daß, so lange Mitglieder der Familie B existiren, die Kirche in den Pachtverhältnissen der Mühle nichts ändern dürfe; sollten jene unpünktlich in Bezahlung des auf 500 Lire bestimmten Pachtzinses sein, so dürfe nur auf Zahlung geklagt, der Pacht selbst aber erst dann aufgekündigt werden, wenn zwei ganze Raten unbezahlt geblieben seien. Die Familie B besteht aus zwei Brüdern, Lorenz und Joseph, deren ersterer vier, letzterer sieben Kinder hat. Die Familie blieb mit dem Pachte im Rückstand und die Kirche klagte den Lorenz B, der, wie es scheint, als Haupt der Familie behandelt wurde; nur mit diesem Lorenz B wurde ein Vergleich abgeschlossen, in welchem Zahlungstermine bestimmt wurden, während die Kirche von der Aufkündigung abstand, die Miethe dem Lorenz B mit Ausschluß jeder anderen Repräsentanz wieder für ein Jahr überließ, und zur Bedingung machte, daß sie bei Nichtzuhaltung der Zahlungstermine im Executionswege ihn unmittelbar aus dem Besitze des Grundstückes setzen könne. In Folge neuerlicher Zahlungsverzögerungen klagte die Kirche auf Auflösung dieses zweiten Pachtvertrages und da inzwischen überdies das Jahr abgelaufen war, kündigte sie dem Lorenz B auch noch gerichtlich auf. Durch gleichförmige Urtheile beider Instanzen wurde sowohl jener Klage, als auch der Aufkündigung stattgegeben. Nun führte die Kirche Execution und bat, es möge dem Gerichtsdiener aufgetragen werden, jedermann (qualsisia persona) aus der Mühle auszuweisen. Dem widersetzten sich aber die übrigen Mitglieder der Familie B, indem sie auf Nichtigerklärung jenes Vergleiches und aller darauf basirten Acte klagten und die Aufschiebung der Execution forderten. Letzteres Begehren wurde durch gleichförmige Bescheide aller drei Instanzen abgewiesen, und zwar von der dritten Instanz „in der Erwägung, daß die Mühle mittelst gerichtlichen Vergleiches nur dem Lorenz B, nicht der Familie verpachtet wurde, daß die Recurrenten keinen Titel nachweisen, kraft dessen sie die Mühle gegenwärtig besitzen, daß gegen Lorenz B rechtskräftige Urtheile ergangen sind; daß, wenn die Recurrenten behaupten, durch die letztwillige Anordnung des Franz F ein Pachtrecht in Bezug auf jene Mühle zu haben, es ihnen zukommt, dasselbe im ordentlichen Rechtswege gegen die Kirche

geltend zu machen, daß sie jedoch keinesfalls ein Recht haben, sich der Executionsführung gegen B zu widersetzen, und daß daher die gleichförmigen Bescheide der unteren Instanzen nicht als offenbar ungerecht angesehen werden können.“

Nr. 17.

Executionsführung unter Verschweigung des Umstandes, daß eine Abschlagszahlung geleistet sei.

Entsch. v. 5. April 1854, Nr. 3494 (Best. des den Bescheid der Prätur Menaggio vom 22. Dec. 1853, Nr. 3810 abänd. Decretes des O. L. G. Mailand v. 27. Jänner 1854, Nr. 1066). Gaz. d. Trib. 1854, S. 302.

Auf Grund eines mit A am 3. August 1852 abgeschlossenen gerichtlichen Vergleiches, wodurch sich derselbe zur Zahlung von 200 Lire milanesi verpflichtete, verlangte B am 28. Nov. 1852 die executive Pfändung und Schätzung des Mobiliare des A, indem er angab, er habe noch die ganze oben erwähnte Summe zu fordern. A erlegte nun 160 franz. Franken zu Gericht, und indem er sich darauf stützte, daß B, als er die Execution verlangte, eine Theilzahlung erhalten und nur mehr 124 Lire mil. zu fordern hatte, begehrte er, daß erkannt werde: die erwähnten Executionsacte seien ungiltig und erschlichen, B daher verpflichtet, wegen derselben Schadenersatz zu leisten. Die erste Instanz erklärte in der That die Acte für nichtig, erschlichen und wirkungslos, legte dem Executionsführer die Tragung der Kosten für dieselben auf, wies jedoch den auf Schadenersatz gerichteten Theil des Begehrens zurück. Die zweite Instanz hob auch noch jenen Theil der erstrichterlichen Entscheidung auf, womit die Executionsacte annullirt und die Kosten derselben dem Geklagten auferlegt wurden. Diese Entscheidung wurde ihrem vollen Inhalt nach vom obersten Gerichtshofe bestätigt „in der Erwägung, daß zu der Zeit, in welcher die Pfändung und Schätzung angesucht, bewilligt und vorgenommen wurde, der jetzige Kläger seine Schuld noch nicht vollständig getilgt hatte, weßhalb der (jetzige) Geklagte mit vollem Recht die Execution führte; daß der Umstand, welchen der (jetzige) Geklagte in seinem Executionsgesuche verschwieg, nämlich der Empfang einer Abschlagszahlung, auf die Kosten der Executionsführung keinen wesentlichen Einfluß üben und jedenfalls bei der gerichtlichen Bestimmung der dem Executionsführer gebührenden Executionskosten berücksichtigt werden könne.“

Nr. 18.

Zuständigkeit der Gerichte zur Beurtheilung von Bürgschaften und Verpfändungen zur Sicherstellung solcher Forderungen, welche im administrativen Wege geltend zu machen sind. Collision eines früheren und eines späteren Gesetzes bezüglich des Anfangspunktes der Verjährung.

Entsch. v. 12. April 1854, Nr. 2685 (Abänd. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Venedig v. 30. Mai 1853, Nr. 9919 und des O. L. G. Venedig v. 16. Oct. 1853, Nr. 11043). Eco d. Trib. 1854, S. 188 ff.

X verbürgte sich mit Urkunde vom 12. Jänner 1810 für den Steuereinheber des Departements Tagliamento bezüglich aller ihm dem Aerar gegenüber in den Jahren 1810, 1811 und 1812 erwachsenden Verbindlichkeiten und bestellte dafür an seinen Gütern eine Hypothek bis zum Betrage von 760.000 Lire ital. Diese Hypothek wurde auch in die Hypothekenbücher eingetragen und von 10 zu 10 Jahren, zuletzt im Jahre 1846, dem Gesetze gemäß erneuert. Als über den Besitz-Nachfolger des X der Concurs eröffnet wurde, unterließ der Fiscus, seine Forderungen anzumelden. Am 21. Februar 1848 klagte A, welcher die fraglichen Güter in Folge des Vergleiches, womit der Concurs abgethan wurde, erworben hatte, auf Nichtigerklärung des Pfandrechtes und Löschung desselben aus den Hypothekenbüchern, indem er sich unter anderem darauf beruft, daß das Pfandrecht durch Verjährung erloschen sei.

Die beiden unteren Instanzen wiesen das Klagebegehren ab, theils weil sie sich für incompetent hielten, theils weil sie annahmen, daß die Verjährung der Ansprüche gegen den Steuereinheber nach dem Patent vom 18. April 1816 erst mit dem Augenblicke beginne, wo der Generalsaldoconto zwischen dem Steuereinheber und dem Staat festgestellt sei.

Die dritte Instanz gab dem Klagebegehren aus nachstehenden Gründen statt: „Den Gerichten ist allerdings untersagt, sich in Gegenstände und Geschäfte einzumischen, welche sich auf die Eintreibung und Abführung der öffentlichen Steuern beziehen; sie können über solche weder verhandeln noch entscheiden. Dieser Grundsatz kann aber nicht soweit ausgedehnt werden, daß auch Hypotheken und Bürgschaften für Forderungen des Staates an Steuereinnehmer von der Cognition der Gerichte ausgeschlossen werden. Bürgschaften und Hypotheken sind rein privatrechtlicher Natur, und es sind daher auch nur die Gerichte berufen, über Bestand und Umfang derselben zu erkennen .... Dieß vorausgeschickt, ergibt das Eingehen auf die Sache selbst, daß die Hypothek .... verjährt sei .... Auf den vorliegenden Fall sind, soweit es sich um die Verjährung handelt, nicht die Bestimmungen des jetzt geltenden bürgerlichen Gesetzbuches, sondern die des für das Königreich Italien publicirten Codex anzuwenden. Nach Art. 10 des Decretes vom 31. October 1807 beginnt

die Verjährung für die Rechte des Fiscus gegen Verrechnungsbeamte mit dem Tage, wo deren Verwaltung endigt. Da nun die Verwaltung des fraglichen Beamten am letzten December 1812 aufhörte, waren alle Rechte des Staates gegen ihn und seinen Bürgen, und war also auch das fragliche Pfandrecht am letzten December 1842 durch Verjährung erloschen."

Nr. 19.

Haftung des Cedenten für die Einbringlichkeit der Forderung, wenn die Cessionsurkunde auch nur von der Richtigkeit derselben spricht. — Beweis (Bescheinigung) der Uneinbringlichkeit einer Forderung.

Entsch. vom 12. April 1854, Nr. 3215 (Best. des Urtheils der Prätur Schio v. 21. Dec. 1853, Nr. 12550, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 3. Februar 1854, Nr. 899). Eco d. Trib. 1854, S. 214. Gaz. d. Trib. 1854, S. 351. G. Z. 1857, Nr. 45.

B hat dem A an Zahlungsstatt eine Forderung cedirt, und in der Cessionsurkunde sich für deren Bestand, Richtigkeit und Liquidität (Sussistenza, realtà e liquidità) haftbar erklärt. Der Cessionar führte Execution gegen den Cessus; allein der Gerichtsdiener fand bei der Pfändung nichts vor, und vier Nachbarn, sowie die Gemeinde, bescheinigen dessen Zahlungsunfähigkeit. B, welcher anfangs Theilzahlungen leistete, behauptet: 1. Er hafte nicht für die Einbringlichkeit, 2. da bis jetzt nur eine Pfändung versucht sei, sei die Uneinbringlichkeit nicht dargethan. Beide Untergerichte sehen den B als haftbar an; allein während die erste Instanz dem Klagebegehren des A stattgibt, weist es die zweite Instanz vorläufig bis zur Erschöpfung aller Executionsschritte ab.

Die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der ersten aus folgenden Gründen: „Die Cession war eine entgeltliche; daß darin nicht von der Einbringlichkeit der Forderung die Rede ist, schließt die Haftung des Cedenten für dieselbe nicht aus, weil sie sich nach §. 1397 a. b. G. B. von selbst versteht, wenn die Parteien sie nicht ausschließen .... Das bürgerliche Gesetzbuch wollte die Fälle, in welchen die Forderung als uneinbringlich anzusehen ist, nicht aufzählen; allein im §. 409 der ital. G. O. (§. 319 a. G. O.) ist ein Fall vorgesehen, welcher mit dem vorliegenden mehr als analog, welcher mit ihm identisch ist. Dieser Paragraph gestattet dem Gläubiger, die Execution auf andere Güter seines ersten Schuldners zu führen, sobald sich zeigt, daß die beim zweiten Schuldner gepfändeten Güter nicht ausreichen, ihn sicherzustellen und zu befriedigen. Dies muß also um so gewisser dann gelten, wenn beim neuen Schuldner gar nichts gefunden wird. Der Bericht des Amtsdieners, daß er beim Cessus keine zu pfändenden Gegenstände gefunden habe, berechtigte also

den Cessionar, seinen Regreß gegen den Cedenten zu nehmen .... Ueberdies ist die Armuth des Cessus durch die Zeugnisse bescheinigt."

Nr. 20.

Personalarrest. Fortdauer des Executionsrechtes, auch wenn der Schuldner von der politischen Behörde auf unmittelbares Ansuchen des Gläubigers entlassen wurde.

Entsch. v. 12. April 1854, Nr. 3723 (Best. des Bescheides des H. G. Venedig vom 20. Jänner 1854, Nr. 13768, Abänd. des Decrets des O. L. G. Venedig v. 21. Februar 1854, Nr. 3090). Eco. d. Trib. 1854, S. 178.

Nr. 21.

Verhältniß des Civilrichters zu einer anhängigen Untersuchung wegen einer schweren Gefällsübertretung.

Entsch. vom 19. April 1854, Nr. 4106 (Best. des das Urtheil des L. G. Venedig v. 7. Juli 1853, Nr. 29105 aufhebenden Decretes des O. L. G. Venedig vom 31. Dec. 1863, Nr. 12714). Eco. d. Trib. 1855, S. 130.

Eine Liquidirungsklage der k. k. Finanzprocuratur, womit bei der Concursmassa des B die Forderung angemeldet wurde, welche dem Aerar aus einer gegen B anhängigen Untersuchung wegen einer schweren Gefällsübertretung etwa erwachsen könnte, wurde in erster Instanz abgewiesen, indem dabei das Gericht selbstständig die Existenz der fraglichen Forderung prüfte. — Die zweite Instanz annullirte dieses Urtheil, und wies das Gericht an, von Amtswegen sich an das Gefällsgericht um Mittheilung des Ausganges der Gefällsuntersuchung zu wenden, das Original der Antwort den Proceßacten beizuschließen und sodann auf Grund derselben innerhalb seiner civilgerichtlichen Attributionen eine neue Entscheidung zu fällen; und zwar „in Anbetracht, daß die Liquidität der von der k. k. Finanzprocuratur angemeldeten Forderung ausschließlich vom Ausgange der noch anhängigen Gefällsuntersuchung abhängt, und daß nach der Analogie der a. h. Entschließung vom 29. August 1820 (Hfd. v. 6. März 1821, Nr. 1743; Wessely I. Nr. 34) in Bezug auf Criminaluntersuchungen die Wirksamkeit des Civilrichters aufgeschoben bleibt, da das zu gewärtigende Erkenntniß des Gefällsgerichtes auf das hier geltend gemachte Recht unmittelbaren Einfluß nehmen könnte."

Den Revisionsrecurs des Concursmassevertreters, worin die Analogie von Verbrechen u. schw. Polizeiübertretung mit einer Uebertretung des Gefällsstrafgesetzes bestritten und weiters ausgeführt wurde, daß, hievon auch abgesehen, der vorliegende Fall schon deßhalb dem Hofdecret v. 6. März 1821, Nr. 1743, nicht unterstellt werden könnte, weil hier die Uebertretung vor der Einleitung des Civilprocesses angezeigt worden ist, das citirte Hofdecret aber voraussetzte, daß die Uebertretung erst im Lauf des Processes angezeigt wurde, — hat der oberste Gerichtshof als ungegründet verworfen und die Ansicht ausgesprochen, daß die vom Apellationsgericht geltend gemachte Gesetzanalogie nicht bezweifelt werden kann und daß das Hofdecret v. 6. März 1821, Nr. 1743, nicht den ihm vom Recurrenten beigelegten Sinn habe, sondern die Einstellung des civilgerichtlichen Verfahrens und den Aufschub der civilgerichtlichen Entscheidung in allen Fällen beabsichtige, wo der Ausgang der strafgerichtlichen Verhandlung auf jene Entscheidung einen wesentlichen Einfluß nehmen dürfte.

Nr. 22.

Gerichtsstand des Wohnorts im Fall der passiven Streitgenossenschaft. Wahlrecht des Klägers bei solidarischer Verpflichtung des Geklagten.

Entsch. v. 26. April 1854, Nr. 3357 (Best. der gleichförmigen Bescheide des H. G. Mailand vom 26. Jänner 1854, Nr. 757 und des O. L. G. Mailand vom 16. Februar 1854, Nr. 2475). Gaz. d. Trib. 1854, S. 359.

C in Mailand cedirt dem A eine Forderung, welche er an B in Brescia hat; in der Cessionsurkunde erklärt er, solidarisch mit dem Cessus haften zu wollen. Nun klagt A die Forderung in Mailand ein, indem er als Erstgeklagten den C namhaft macht. B wendet die Incompetenz ein, indem er sich darauf beruft, daß nach der k. Verordnung v. 12. Mai 1852 (R. G. Bl. Nr. 112) unter mehreren Geklagten in der Klage der Hauptverpflichtete, wenn ein solcher aus dem der Klage zu Grunde liegenden Geschäfte ersichtlich ist, zuerst zu benennen sei. — Die Einwendung der Incompetenz wurde in allen drei Instanzen zurückgewiesen, weil, wie es in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes heißt: „C erklärt hat, solidarisch mit B für die Zahlung der Schuld des letzteren dem Kläger haften zu wollen, weßhalb es diesem freisteht, den einen oder den anderen der ihm solidarisch haftenden Schuldner zuerst in der Klage zu benennen."

Nr. 23.

Abwendung der pfandweisen Beschreibung der invecta et illata durch gerichtlichen Erlag des Miethzinses.

Entsch. vom 24. Mai 1854, Nr. 5356 (Best. des Bescheides der Prätur Mailand vom 27. Februar 1854, Nr. 6339, Abänd. des Decrets des O. L. G. Mailand vom 6. April 1854, Nr. 4123). Gaz. d. Trib. 1854, S. 222 und 362. Giorn. d. Giurispr. pr. 1854, S. 294, 295.

Zwischen Miether und Vermiether ward über die Höhe des dem letzteren gebührenden Zinses gestritten; der Zins ward daher eingeklagt und der Vermiether verlangte zugleich die pfandweise Beschreibung der seinem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Objecte. Der Miether erlegte den ganzen von jenem in Anspruch genommenen Betrag zu Gericht und verlangte die Suspension der Pfandbeschreibung. Die erste Instanz gab diesem Ansuchen Statt. Die zweite wies es zurück, weil „es dem Miether nicht freistehe, den Vermiether durch den gerichtlichen Erlag an der Geltendmachung des ihm zustehenden Pfandrechtes mittelst gerichtlicher Beschreibung der Pfandobjecte zu hindern und ihm dagegen ein von dem Gesetze ihm nicht eingeräumtes Sicherstellungsmittel aufzudringen."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz „in der Erwägung, daß nicht behauptet wird, es sei der erlegte Betrag nicht ausreichend, um die Forderung zu decken; daß die pfandweise Beschreibung der Effecten nur dazu dienen kann, um die Mittel zu sichern, seinerzeit das zur Bezahlung des Zinses erforderliche Geld herbeizuschaffen; daß daher der Erlag vollkommen diesem Zweck des Gesetzes entspricht und dem Rechte des Bestandgebers Genüge leistet."

Nr. 24.

Zulässigkeit der Rechtfertigung des Ausbleibens von der Eidestagsatzung.

Entsch. vom 6. Juni 1854, Nr. 5531 (Best. des Bescheides der Prätur Mantua vom 3. Februar 1854, Nr. 1672, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 22. März 1854, Nr. 3487). Gaz. d. Trib. 1856, S. 471.

Drei Streitgenossen waren zum Schätzungseid zugelassen worden und hatten denselben auch rechtzeitig angetreten. Bei der Tagsatzung aber erschienen nur zwei und legten den Eid ab; bezüglich des Dritten gaben sie an, daß er krankheitshalber nicht erscheinen könne. Er selbst überreichte auch bald ein mit einem Krankheitszeugniß gehörig belegtes Gesuch um

Gerechtfertigterklärung seines Ausbleibens und Anordnung einer neuen Tagsatzung zur Ablegung des Eides. Die erste Instanz willfahrte dem Ansuchen, die zweite wies es dagegen zurück. Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch den Bescheid der ersten Instanz „in der Erwägung, daß unter der Antretung des Eides, widrigens der Beweis erloschen wäre, wovon im §. 288 ital. G. O. (§. 224 a. G. O.) die Rede ist, nur die Antretung im eigentlichen Sinne des Wortes gemeint sein könne, da die wirkliche Ablegung des ordnungsmäßig innerhalb der bestimmten Frist angetretenen Eides nicht mehr von der Partei, sondern von dem Richter abhängt, der zu diesem Zwecke eine Tagsatzung, bei welcher der Eid abzulegen ist, anordnet; in Erwägung, daß im vorliegenden Falle der Beweis durch den Eid von allen drei Klägern mit Einschluß des Recurrenten gehörig angetreten wurde, daß die Nichtablegung des Eides von Seite des Recurrenten bei jener Tagsatzung, bei welcher ihn die beiden anderen Kläger ablegten, nur daher rührt, daß er in Folge einer Krankheit, die ihn befallen hatte, nicht bei der Tagsatzung erscheinen konnte, wie das auch der statt seiner erschienene Advocat angab, und daß dieses Hinderniß, welches sich dem Erscheinen bei der Tagsatzung und der Ablegung des angetretenen Schätzungseides entgegenstellte, in der That auch durch das nicht angefochtene ärztliche Zeugniß gehörig documentirt ist."

Nr. 25.

Umfang der Haftung im Falle der Verführung und Entehrung unter der nichterfüllten Zusage der Ehe. Verhältniß des §. 1328 a. b. G. B. zu §. 506 St. G.

Entsch. v. 21. Juni 1854, Nr. 6261 (Abänd. des das Urtheil der Prätur Casalmaggiore v. 15. Juli 1853, Nr. 1551 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 24. Februar 1854, Nr. 2230). Gaz. d. Trib. 1855.

Die drei vorliegenden Erkenntnisse über eine Klage eines Bauernmädchens gegen einen Bauer, welcher sie unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe verführt hat, gehen nur in der Moderirung des zugesprochenen Betrages auseinander; sie beruhen aber übereinstimmend auf der Anerkennung des Grundsatzes, daß der Klägerin nicht bloß der im §. 1328 a. b. G. B. vorgesehene, sondern ein darüber hinausgehender Schadenersatz gebühre. Es heißt darüber in den vom obersten Gerichtshof acceptirten Entscheidungsgründen der zweiten Instanz:

„Derjenige, welcher eine im Gesetze mit Strafe bedrohte Handlung begeht, hat auch die Verpflichtung, dem Beschädigten volle Genugthuung zu leisten, und je nach den Umständen ihm sogar den Werth der besonderen Vorliebe dessen, was demselben entgangen ist oder beschädigt wurde, zu ersetzen (§§. 1294, 1330, 1331, 1338, 1340, a. b. G. B.). Dieser

Grundsatz ist auch auf die unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe erfolgte Verführung und Entehrung einer Frauensperson anzuwenden, da die Anwendung des 1. Absatzes des §. 1328 a. b. G. B. seinem Sinne nach und mit Rücksicht auf den zweiten Absatz desselben Paragraphes lediglich auf jene Fälle sich bezieht, wo eine Verführung und Schwängerung erfolgte, nicht aber auf den, wo sie unter einem den Thatbestand eines Verbrechens oder einer schweren Polizei-Uebertretung begründenden Nebenumstande stattfindet. Es wäre eine Inconsequenz und eine unvorsichtige Anordnung gewesen, wenn das Gesetz in Bezug auf den Schadenersatz die beiden vorerwähnten Fälle, trotz ihrer wesentlichen Verschiedenheit in subjectiver und objectiver Beziehung, einander gleich gestellt hätte, denn im ersten Falle handelt es sich blos um ein Vergehen im sittlichen Sinne, welches ebensowohl dem Manne als der Frau zur Last fallen kann, im zweiten dagegen werden die Bande der menschlichen Gesellschaft und die des Gesetzes selbst in empfindlicher Weise verletzt, und die Handlungsweise ist so beschaffen, daß sie immer nur aus dem bösen Willen des Mannes entspringen kann. Wollte man im fraglichen Falle die Ersatzpflicht des Mannes auf die Geburts- und Entbindungskosten deßhalb einschränken, weil die Bestimmung des §. 1328 unbeschränkt lautet, so müßte man denselben Grundsatz in allen anderen Fällen anwenden, gleichviel auf welche Weise die Verführung erfolgt, und wenn gleich, um sie zu vollbringen, irgend eine andere der verschiedenen in dieser Beziehung im St. G. vorgesehenen Handlungen begangen worden wäre. Dieses wäre widersinnig und es ist vielmehr anzunehmen, daß der Gesetzgeber im zweiten Absatz des erwähnten Paragraphes sich ausdrücklich auf die allgemeinen Grundsätze über die aus strafbaren Handlungen entspringende Verantwortlichkeit für den Fall bezog, daß solche strafbare Handlungen mit der Verführung zusammentreffen; — auch ist kein Grund vorhanden, zwischen den verschiedenen strafbaren Handlungen zu dem Zwecke einen Unterschied zu machen, um die Verführung unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe der Anwendung jener Grundsätze zu entziehen. Vielmehr macht gerade der Text des §. 251 II. Th. St. G. B. v. 1803 (§. 506 St. G. v. 1852) jedem Zweifel ein Ende, insofern dort ausdrücklich erklärt ist, daß im Falle der Verführung und Entehrung unter der nichterfüllten Zusage der Ehe der Entehrten das Recht auf Entschädigung vorbehalten ist; da nun dort der Fall, daß aus dieser Verführung und Entehrung eine Schwängerung entstanden, nicht vorgesehen ist, so versteht sich's von selbst, daß die in jenem §. vorgesehene Verpflichtung zur Entschädigung ganz unabhängig sei von der Anordnung des §. 1328 a. b. G. B. .... Das O. L. G. mußte daher der Klägerin ein Recht auf Schadenersatz nicht blos bezüglich der Krankheits- und Entbindungskosten, sondern auch bezüglich des Nachtheiles zuerkennen, welcher mit dem Verluste der Ehre, welchen die Frauensperson, die außerehelich Mutter wird, erleidet, untrennbar verbunden ist."

Nr. 26.

Personen, wider welche die Besitzstörungsklage zu richten ist.

Entsch. v. 4. Juli 1854, Nr. 6917 (Best. der gleichförmigen Bescheide der Prätur Pavia v. 2. April 1854, Nr. 2148 und des O. L. G. Mailand v. 5. Mai 1854, Nr. 5034). Gaz. d. Trib. 1857, S. 169 ff.

Der Besitzer eines Grundstückes sah in gewissen Arbeiten, welche sein Nachbar, ein reicher Grundherr, vornehmen ließ, eine Störung seines Besitzes. Er richtete jedoch seine Klage nicht gegen den Grundherrn, sondern gegen die Personen, welche die Arbeiten leiteten und ausführten. Seine Klage ward von allen drei Instanzen zurückgewiesen und zwar vom obersten Gerichtshof „in der Erwägung, daß sowohl nach den §§. 339, 345 und 346 a. b. G. B. als auch nach der a. h. Entschließung v. 22. Juni 1825 (wodurch das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten für das lomb.-venet. Königreich geregelt wurde) die Besitzstörungsklage gegen den wirklichen Störer des Besitzes zu richten ist, d. h. gegen denjenigen, von welchem mit Erfolg die Wiederherstellung des früheren Zustandes der Sache verlangt werden kann, und wider welchen die ergehende Entscheidung wirksam sein soll; daß es daher nicht gestattet ist, sie nur gegen diejenigen Personen zu richten, welche lediglich im Auftrage desjenigen handelten, von dem die Störung wirklich ausgeht, und der sie nicht ermächtigt hat, ihn vor Gericht zu vertreten".

Nr. 27.

Einrechnung zur Bemessung des Pflichttheiles.

Entsch. vom 11. Juli 1854, Nr. 6182 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand vom 18. Nov. 1853, Nr. 893 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 17. Februar 1854, Nr. 747). Gaz. d. Trib. 1855, S. 100.

M verpflichtete sich bei der Verheirathung seines Sohnes B schriftlich, demselben sein Geldwechslergeschäft im Werthe von 30.000 L. A., gegen Einrechnung in den Pflicht- und jedenfalls in den Erbtheil, zu hinterlassen. Fünf Jahre später ward eine neue Urkunde errichtet, mittelst deren der Vater in „Erfüllung der bei der Verheirathung seines Sohnes übernommenen Verbindlichkeit... unwiderruflich durch Schenkung unter Lebenden, dem genannten Sohne.... das schon in jener Urkunde auf 30.000 Lire angeschlagene Geldwechslergeschäft... zum freien und unbeschränkten Eigenthume derart zuwies, daß dasselbe bei seinem Tode frei von jeder Last und Bedingung auf ihn übergehe" (assegnava irrevoca-

bilmente per donazione fra vivi al detto figlio... in modo che alla sua morte dovesse passar libera da ogni peso e condizione).

M starb nicht lange nachher und hinterließ ein Testament, in welchem er seinen Sohn B zum Universalerben ernannte und die übrigen Kinder auf den Pflichttheil beschränkte. B weigert sich nun, die 30.000 Lire zur Bemessung des Pflichttheils der Geschwister sich einrechnen zu lassen. Die erste Instanz wies das darauf gerichtete Begehren der Miterben ab, indem sie davon ausging, die zuerst erwähnte Urkunde enthalte nur ein pactum de contrahendo, welches durch den nachfolgenden Vertrag gänzlich beseitigt sei. — Die zweite Instanz entschied im entgegengesetzten Sinne, und die dritte Instanz bestätigte letztere Entscheidung aus folgenden Gründen: „In den beiden späteren Urkunden hat M nur die Verpflichtung erfüllt, welche er in der ersten seinem Sohne gegenüber übernahm; er hat aber dabei den in der ersten vorkommenden Ausspruch, daß sein Sohn sich die Einrechnung gefallen lassen müsse, nicht zurückgenommen, vielmehr hat er durch die ausdrückliche Berufung auf jene erste Urkunde seinen väterlichen Willen, jene Verpflichtung aufrecht zu erhalten, zu erkennen gegeben, und dieser Verpflichtung kann sich der Beklagte nicht durch die Einwendung entledigen, daß M in seinem Testamente die Collation nicht ausdrücklich angeordnet habe, denn diese Collation war eben in jener früher erwähnten Urkunde angeordnet, und die §§. 790 und 791 a. b. G. B. gestatten allerdings, daß sie auch anderswo als in Testamenten ausdrücklich angeordnet werde. Ueberdies ist die Klage nur zur Erlangung des Pflichttheils angestellt. Dieser muß aber unter Zugrundelegung des Vermögens, wie es zur Zeit des Todes des Erblassers bestand, bemessen werden, und zu dieser Zeit befanden sich die dem Geklagten geschenkten Gegenstände noch im Vermögen des Geschenkgebers, da nach dem Schenkungsvertrage die materielle Uebergabe der geschenkten Sache erst nach dem Tode des Geschenkgebers wirksam werden sollte."

Nr. 28.

Beweis der Unechtheit einer von Sachverständigen für echt erklärten Urkunde durch Indicien.

Entsch. vom 12. Juli 1854, Nr. 6272 (Best. der gleichförmigen Urtheile das L. G. Brescia vom 15. Dec. 1853, Nr. 32183 und des O. L. G. Mailand v. 24. März 1854, Nr. 2459). Gaz. d. Trib. 1855, S. 247 ff.

A klagt gegen die Testamentserben des M auf Zahlung von 120.000 L. A.; er stützt seine Klage auf eine von B und drei (schon vor Einbringung der Klage verstorbenen) Zeugen unterfertigte Erklärung, welche ihrem Inhalt nach als Schenkung auf den Todesfall „zur Entlastung seines Gewissens und zum Ersatz angerichteten Schadens" erscheint. Die

Echtheit der Unterschriften wird bestritten; sie wird jedoch in Folge der Zulassung des Beweises durch Kunstverständige von letzteren übereinstimmend bestätigt. — Dennoch behandeln die beiden unteren Instanzen und der oberste Gerichtshof die Urkunde als unecht, und zwar weil Umstände vorhanden waren (wie z. B. daß die Urkunde nicht legalisirt ist, während doch unter den unterschriebenen Zeugen ein Notar war; daß M zu A durchaus keine freundschaftlichen Beziehungen hatte, vielmehr dem letzteren gar nicht gestattete, sein Haus zu betreten; daß zur Zeit der angeblichen Ausstellung der Urkunde in dem Ort die Cholera herrschte, welcher M regelmäßig aus dem Wege ging; daß M, ein durchaus nicht freigebiger Mann, dieser angeblich viele Jahre vor seinem Tod erfolgten Schenkung gegen Niemand Erwähnung that; daß A zu einer Zeit, wo er angeblich schon im Besitz dieser Urkunde war, den M geschmäht und behauptet hatte, er sei ihm Geld schuldig; daß M wiederholt und bestimmt die Absicht ausgesprochen hatte, seinen Neffen, den Beklagten, sein ganzes Vermögen zu hinterlassen), welche, wie es in den Entscheidungsgründen der ersten Instanz heißt, „so concludent schienen, da sie in ihrem Zusammentreffen jenen erschöpfenden Indicienbeweis herstellen, welcher nach den Forderungen der Gerechtigkeit und nach den Regeln der Praxis bis zum vollen gesetzlichen Beweismittel sich erhebt, insofern er unbedingte Gewißheit (assoluta convinzione) verschafft, — Umstände, welche umsomehr geeignet waren, den vom Kläger geführten Beweis durch Kunstverständige zu entkräften, weil ohnehin das Gesetz dem Beweis durch Vergleichung der Handschriften nur eine untergeordnete Bedeutung beilegt.“

Nr. 29.

Frist zur Ueberreichung des Recurses wider eine gerichtliche Verfügung, die mehreren Personen zuzustellen ist, welche nicht Streitgenossen sind.

Entsch. v. 12. Juli 1854, Nr. 7423 (Best. der Verordnung des O. L. G. Venedig v. 4. April 1854, Nr. 6062). Gaz. d. Trib. 1854, S. 384 ff.

Ein Bescheid, womit die Bedingnisse für die executive Feilbietung einer Realität abgeändert wurden, ward sämmtlichen Gläubigern, welche ein Pfandrecht an der Realität hatten, zugestellt. A, einer dieser Gläubiger, brachte wider diesen Bescheid, welcher ihm schon vor 30 Tagen, einem anderen Gläubiger M aber erst vor zwei Tagen zugestellt war, den Recurs ein, und stützte sich dabei darauf, daß der Bescheid erst 14 Tage nach der letzten Zustellung rechtskräftig werde. Der Recurs ward als verspätet zurückgewiesen, und diese Zurückweisung vom obersten Gerichtshofe bestätigt, „in der Erwägung, daß es sich hier nicht um eine das

gemeinschaftliche Interesse mehrerer Streitgenossen betreffende Schrift, überhaupt nicht um eine solche Schrift handelt, welche die Verhandlung einer Rechtssache und deren Entscheidung durch Urtheil anbahnen soll; daß daher, was für solche Schriften angeordnet ist, nicht auch für einfache Gesuche und Recurse gelten kann; daß namentlich zwischen A und M keine Streitgenossenschaft besteht, und daß, wenn jeder derselben ein Pfandrecht an der fraglichen Realität hat, darum doch jeder ein verschiedenes, vielleicht selbst ein dem des Anderen entgegengesetztes Interesse zu wahren hat."

Nr. 30.

Unzulässigkeit des Einkommensteuerabzugs von der einem Dienstboten vermachten und auf einer Realität sichergestellten Rente.

Entsch. v. 8. Juli 1854, Nr. 5886 (Best. des das Urtheil der Prätur Mailand v. 14. Jänner 1853, Nr. 23537 abänd. Urtheils der O. L. G. Mailand vom 31. März 1854, Nr. 3891). Gaz. d. Trib. 1854, S. 450, Eco d. Trib. 1864, S. 356.

Jemand hatte in seinem Testamente den Dienstboten, welche sich zur Zeit seines Todes in seinem Dienste befinden würden, eine Rente vermacht, welche auf einer Verlassenschaftsrealität pfandrechtlich sichergestellt wurde. Der Vertreter der Verlassenschaft zieht nun von der Pension die Einkommensteuer in Gemäßheit des §. 31 des Patentes v. 11. April 1851 ab. Der Legatar verlangt die Vergütung dieses Abzugs; sein Klagebegehren wird in erster Instanz abgewiesen; die zweite und dritte Instanz verurtheilen den Geklagten zur Zahlung des vollen Jahresgehaltes.

Gründe der dritten Instanz: „Das Oberlandesgericht bemerkt in seinen Entscheidungsgründen, daß der jährliche Betrag, welchen der Kläger von der Verlassenschaft zu fordern habe, ihm in Folge eines in remuneratorischer Absicht angeordneten Legats gebühre, also eine fixe und nicht onerose Besoldung bilde, und daher dem Genuß von Interessen eines Capitales nicht gleichgestellt werden könne, daß sie also ein Einkommen der zweiten, nicht der dritten der im §. 6 des Patentes vom 11. April 1851 aufgezählten Classen bilde, und daß durch die erfolgte pfandrechtliche Sicherstellung auf einer Realität diese ihre Natur nicht verändert worden sei. Das Oberlandesgericht nahm daher an, der Vertreter der Verlassenschaft habe kein Recht gehabt, dem Kläger einen Abzug zu machen .... Der oberste Gerichtshof schließt sich dieser Ansicht an."

Nr. 31.

Beweis zum ewigen Gedächtniß. Zeitpunkt der Ausfolgung von Abschriften der Zeugenaussagen.

Entsch. vom 26. Juli 1854, Nr. 7808 (Best. des den Bescheid der Prätur Asso v. 18. April 1854, Nr. 1651 abändernden Decretes des O. L. G. Mailand vom 24. Mai 1854, Nr. 6029). Gaz. d. Trib. 1854, S. 448, Giorn. d. Giurispr. pr. 1854, S. 890.

Es war ein Zeugenbeweisverfahren zum ewigen Gedächtniß abgeführt worden, und zwar unter Mitwirkung der Gegner, welchen jedoch vorbehalten war, noch die Vernehmung anderer Zeugen zur Herstellung eines Gegenbeweises zum ewigen Gedächtniß zu verlangen. Es handelte sich nunmehr darum, ob dem Beweisführer, noch ehe diese Gegenbeweiszeugen vernommen sind, Abschriften der Zeugenaussagen ertheilt werden können. Die erste Instanz verweigerte sie, „weil, so lange die Möglichkeit besteht, daß noch andere Zeugen vernommen werden müssen, das Zeugenverhör nicht als geschlossen anzusehen ist, und man daher auch nicht nach §. 233 ital. G. O. (§. 243 w. gal. G. O.) zur Veröffentlichung der Zeugenaussagen schreiten kann; weßhalb nicht der Fall des §. 243 ital. G. O. (§. 253 w. gal. G. O.), sondern der des §. 244 ital. G. O. (§. 254 w. gal. G. O. übereinstimmend mit dem Hofd. vom 25. Juli 1800, Nr. 505, Wessely, I. Nr. 701) vorliege“.

Die beiden höheren Instanzen bewilligten die Abschriften und zwar der oberste Gerichtshof in „Anbetracht der §§. 233 und 243 ital. G. O., welche eine auf den vorliegenden Fall anwendbare Regel aufstellen, von der nur §. 244 eine hier stattfindende Ausnahme statuirt.“

Nr. 32.

Haftung der Mitglieder einer Handlungsgesellschaft nach ihrem Austritt aus derselben.

Entsch. vom 27. Juli 1854, Nr. 6738 (Aufhebung der gleichförmigen Bescheide des L. G. Udine vom 24. Februar 1854, Nr. 1584 und des O. L. G. Venedig v. 21. März 1854, Nr. 4866). Giorn. d. Giurispr. pr. 1854, S. 481 ff.

Nr. 33.

Auslegung eines Vertrages. — Verpflichtung des Obereigenthümers eines emphyteutischen Grundes zur Zahlung der auf den Canon entfallenden Einkommensteuer.

Entsch. vom 1. August 1854, Nr. 6826 (Best. des Urtheils der Prätur Venedig v. 30. Jänner 1854, Nr. 3395, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 1. April 1854, Nr. 3963). Eco d. Trib. 1854, S. 352 ff.

Die Obereigenthümerin eines emphyteutischen Grundes fordert von dem Nutzungseigenthümer den Ersatz der ihr aus Anlaß des bezogenen Canons auferlegten Einkommensteuer, und stützt ihr Begehren darauf, daß es in der betreffenden Vertragsurkunde vom 20. Jänner 1803 heiße: „der Canon sei frei von Zehnten, Lasten, Steuern und Giebigkeiten zu entrichten, dieselben seien ordentliche oder außerordentliche, schon auferlegte oder erst aufzuerlegende, so weit sie sich auf den Grund und die Gebäude beziehen." — Das Klagebegehren wurde in erster Instanz abgewiesen, während die zweite Instanz demselben statt gab; die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, „in der Erwägung, daß es sich hier nur um das gegenseitige Rechtsverhältniß der proceßführenden Theile handelt, darum nämlich, ob der Geklagte der Klägerin den auf den Canon entfallenden Steuerbetrag ersetzen müsse, und in der ferneren Erwägung, daß unter den im Vertrage erwähnten Auflagen nur solche zu verstehen sind, welche den Grund und Boden treffen, nicht aber auch die Steuer, welche auf jenes Einkommen gelegt ist, das für die Klägerin der Canon bildet, der von einem Grunde bezahlt wird, bezüglich dessen die Steuer schon entrichtet ist."

Nr. 34.

Unzulässigkeit der Entscheidung über Einwendungen gegen die angesuchte Execution durch Bescheid.

Entsch. vom 2. August 1854, Nr. 8091 (Best. des den Bescheid der Prätur Spilimbergo v. 11. März 1854, Nr. 1767 aufhebenden Decretes des O. L. G. Venedig vom 16. Mai 1854, Nr. 8142). Eco d. Trib. 1855, S. 74.

Auf Grund eines von A gegen B am 29. Juni 1825 erwirkten Urtheils überreichte C, welcher als Cessionar an die Stelle des A getreten ist, am 30. Juni 1852 ein Executionsgesuch gegen die Erben des B. Die letzteren brachten Einwendungen gegen dieses Gesuch vor, indem sie sich darauf beriefen, daß das Executionsrecht des Cedenten auf den

Cessionar nicht übergegangen sei, daß die unbedingt angetretene Erbschaft des B zur Zahlung aller Schulden nicht ausreiche u. dgl. mehr. Es erfolgte Replik, Duplik, Schluß- und Gegenschlußrede, und die Prätur bewilligte hierauf mittelst Bescheides die angesuchte Pfändung unter gewissen Einschränkungen. Das Oberlandesgericht hob diesen Bescheid auf, und wies das Gericht erster Instanz an, zunächst in Form Rechtens über den erhobenen Streit als über eine neue Rechtssache durch Urtheil zu entscheiden. Der oberste Gerichtshof bestätigte diesen Erlaß des Oberlandesgerichtes aus folgenden Gründen: „Aus Anlaß des Gesuches vom 30. Juni 1852 ist ein Streit dadurch entstanden, daß demselben viele theils dilatorische, theils peremtorische Einwendungen entgegengesetzt wurden; es handelte sich also um eine Streitsache nach Art derjenigen, welche durch die auf Grund von glaubwürdigen Urkunden eingebrachten s. g. Executivklagen veranlaßt werden, und über welche nach gepflogener ordentlichen Verhandlung der Richter durch Urtheil erkennt. Es hat daher das Oberlandesgericht mit Recht die Prätur zur genauen Befolgung der gesetzlichen Vorschriften angewiesen.“

Nr. 35.

Erneuerung oder Fortsetzung der Klage?

Entsch. vom 8. August 1854, Nr. 7008 (Best. des das Urtheil der Prätur Busto Arsizio vom 10. Februar 1854, Nr. 714 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 22. April 1854, Nr. 4242). Gaz. d. Trib. 1854, S. 470, 471.

In einer (summarisch zu verhandelnden) Rechtssache hatten sich die Parteien, nachdem vergebens Vergleichsversuche gemacht worden waren, entfernt. Nach einiger Zeit überreichte Kläger eine Klage, welche eine wörtliche Abschrift der früheren war. Bei der auf Grund derselben abgehaltenen Tagsatzung wendete Geklagter die Litispendenz ein, was zur Folge hatte, daß die erste Instanz das Klagebegehren abwies, den Kläger zum Kostenersatz verurtheilte und ihm nur das Recht vorbehielt, die Verhandlung über die frühere Klage aufzunehmen. — Die zweite Instanz verwarf die Einwendung und ging auf das Meritum der Sache ein. „Mit der späteren Klage“, heißt es in den Entscheidungsgründen, „hat der Kläger nur die frühere, auf Grund deren wegen Ausbleibens beider Theile keine Verhandlung stattgefunden hatte, wieder aufgenommen; denn die irrthümliche Bezeichnung der zweiten Eingabe als Klage kann an den Wirkungen eines Actes, der offenbar nur bestimmt war, die Anordnung einer neuen Tagsatzung zur in Rede stehenden Verhandlung herbeizuführen, nichts ändern.“

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz unter Bezugnahme auf die Gründe derselben.

Nr. 36.

Compromiß. Rechnungsverstoß in einem Schiedsspruch.

Entsch. v. 9. August 1854, Nr. 7144 (Best. des das Urtheil der Prätur Schio vom 30. März 1853, Nr. 1710 abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 22. März 1854, Nr. 2730). G. Z. 1854, Nr. 138.

A und B hatten sich einem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen; als der Schiedsspruch schon in Rechtskraft erwachsen war, und A theils gezahlt hatte, theils durch Schulderlaß von demjenigen befreit worden war, was er dem Schiedsspruch gemäß zu zahlen hatte, entdeckte er, daß einer der Ansätze der Schiedsrichter insofern auf einem Rechnungsverstoß beruhe, als sie den Preis von 4544 Tafeln Holz, die Tafel zu 5 Lire gerechnet, mit 12.720 statt mit 22.720 Lire angesetzt hatten. A klagt nun auf Zahlung dessen, was bei richtigem Ansatz dieser Summe auf seinen Theil fällt, welchem Begehren die erste Instanz nicht, wohl aber in der Hauptsache die zweite und dritte Instanz stattgibt.

Gründe der dritten Instanz: „Da die Schiedsrichter angewiesen waren, den Ausspruch nach ihrem besten Wissen und Gewissen zu fällen, mit der Ermächtigung, im Vergleichswege festzusetzen, was ihnen gerecht und billig erscheinen würde; da sie ferner ihrem Operate diejenigen thatsächlichen Verhältnisse zu Grunde legten, welche ihnen der Wahrheit gemäß erschienen, ohne sich an den Wortlaut des Contractes selbst zu halten, um die Summe des gegenseitigen Guthabens herauszufinden, welche aus dem Verkaufe der mehrgedachten Holzpartie resultirte: so ist es offenbar, daß sie bei dem Ansatze des Verkaufspreises mit 12.720 L. einen Rechnungsverstoß begangen haben. Ein solcher Rechnungsfehler kann aber auf Verlangen desjenigen, der dadurch einen Schaden erleidet, nach dem klaren Inhalte des §. 1388 a. b. G. B. allerdings berichtigt werden, und es steht dem diesfälligen Begehren die Natur eines Vergleiches, welche der Schiedsspruch an sich trägt, nicht entgegen.“

Nr. 37.

Waaren als Object des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers.

Entsch. v. 17. August 1854, Nr. 8292 (Best. des das Urtheil des L. G. Mantua vom 15. März 1854, Nr. 2123 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 12. Mai 1854, Nr. 4898). Eco d. Trib. 1857, S. 40 ff.

Gründe der dritten Instanz: „Nach §. 1101 a. b. G. B. hat der Vermiether einer Wohnung zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses das Pfandrecht u. s. w. Indem das Gesetz sich dabei des Ausdruckes „„einer Wohnung““ bediente, versteht es darunter nicht blos jenen Ort, wo der Miether selbst und seine Familie sich aufhält, sondern auch alle zu der Wohnung gehörigen, zur Aufnahme seiner Effecten und Geräthschaften bestimmten Localitäten, wie: Gewölbe, Magazine, Scheuern, Schüttböden u. s. w. Mit dem allgemeinen Ausdruck „„Einrichtungsstücke und Fahrnisse““ wollte es nicht blos das zum persönlichen Gebrauch des Miethers dienende Mobiliar bezeichnen, sondern jede bewegliche Sache, welche bestimmt ist, in jenen Localitäten untergebracht zu werden. Dieser Ausdruck umfaßt daher auch die Waaren, welche in dem vom Miether benützten Verkaufsgewölbe, Magazin oder einem anderen Locale sich befinden.“

Nr. 38.

Schiedsspruch auf theilweise unrichtigen factischen Annahmen beruhend.

Entsch. v. 17. August 1854, Nr. 8295 (Best. des das Urth. der Prätur Breno vom 16. Dec. 1853, Nr. 10820 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 20. Mai 1854, Nr. 5351). Gaz d. Trib. 1855, S. 105.

A ficht den Spruch von Schiedsrichtern an, auf welchen er und die anderen Erben eines bestimmten Nachlasses zum Zweck der Theilung desselben compromittirt hatten; er weist nach, daß die Schiedsrichter bereits eingegangene Forderungen als noch ausständig, noch bestehende Schulden als bezahlt angesehen hätten u. s. w., und begehrt daher, daß der Schiedsspruch für nichtig erklärt werde. Die erste Instanz gibt dem Begehren Statt. Die beiden höheren erhielten den Schiedsspruch aufrecht, weil es sich um Verstöße handelt, wodurch die Schiedsmänner die Grenzen der ihnen anvertrauten Gewalt keineswegs überschritten haben, welche also die Vernichtung des Schiedsspruchs nicht rechtfertigen würden, dabei ohne Alterirung des eigentlichen Spruchs emendabel sind — und berichtigten denselben in den zur Sprache gebrachten Punkten.

Nr. 39.

Widerspruch zwischen der Einantwortungsurkunde und der letztwilligen Erklärung.

Entsch. vom 26. Sept. 1854, Nr. 10296 (Best. des Urtheils der Prätur Lonato v. 12. April 1854, Nr. 2560, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 23. Juni 1854, Nr. 6578). Gaz. d. Trib. 1854, S. 17 ff.

Dem A war die Verlassenschaft der M auf Grund einer mündlichen letztwilligen Anordnung eingeantwortet worden, welche folgendermaßen lautete: „Ich ernenne zu Erben meines Heiratsgutes den u. s. w.“ Die Erblasserin hatte auf Grund des Testamentes ihres verstorbenen Gatten von B, dem Erben des letzteren, einen jährlichen Unterhaltsbeitrag bezogen; ihr Erbe A klagte jetzt die mehrjährigen Rückstände dieses Unterhaltsbeitrages ein. Der Geklagte wendet ein, daß die M dem A nur ihre Heiratsgutforderung hinterlassen habe, und beweist durch die Aussage der Zeugen des mündlichen Testamentes, daß ihre Absicht eben gewesen sei, den A auf dasselbe zu beschränken. Die erste Instanz wies das Klagebegehren aus diesem Grunde ab; die zweite gab ihm Statt, indem sie auf die Einantwortungsurkunde hinwies: „Durch diese hat Kläger bewiesen, daß der Richter sein Erbrecht anerkennend, seine Erbserklärung angenommen und ihn in den rechtmäßigen Besitz der Erbschaft der Verstorbenen gesetzt habe, welche nach den Anfangsgründen der Rechtswissenschaft den Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten derselben umfaßt.“

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, „in der Erwägung, daß die Einantwortungsurkunde den Erben zwar zur Ausübung aller Rechte und zur Anstellung von Klagen hinsichtlich dessen, was in die Verlassenschaft gehört, legitimire, daß sie aber den Titel, auf welchem sie beruht, nicht zerstören, aufheben oder ändern könne; daß man daher, wenn dieser Titel eine letztwillige Anordnung sei, diese bei Prüfung des Umfanges und Bestandes jener Rechte und Klagen nicht unberücksichtigt lassen könne; daß ferner, da in der letztwilligen Anordnung nur von der Heiratsgutsforderung, über welche zu Gunsten des Erben verfügt wird, die Rede sei, angenommen werden müsse, daß diese Forderung damals als das einzige Vermögen (unica sostanza costituente l'asse) der Erblasserin angesehen wurde.“

Nr. 40.

Einfluß eines den Zinsfuß regelnden Gesetzes auf früher contrahirte Darleihen.

Entsch. v. 27. Sept. 1854, Nr. 9627 (Best. der gleichförmigen Urtheile der Prätur Thiene vom 29. Dec. 1853, Nr. 11028 und des O. L. G. Venedig vom 14. Juni 1854, Nr. 4851). Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 321 ff.

Am 30. April 1805 war in Vicenza ein Vertrag abgeschlossen, vermöge dessen ein Capital auf fünf Jahre gegen nach Ablauf dieser Frist beiden Theilen freistehende sechsmonatliche Aufkündigung dargeliehen wurde. Das Capital ward pfandrechtlich sichergestellt und sollte mit $5^{1}/_{2}$ % jährlich verzinst werden. — Dieses Capital sammt rückständigen und weiterlaufenden $5^{1}/_{2}$ % Interessen wird nun eingeklagt. Der Geklagte wendet ein: Nach dem italienischen Decret vom 31. October 1807 (gleichlautend mit dem französischen Gesetz über den Zinsfuß vom 3. September 1807) dürfen nicht mehr als 5 % genommen werden, und muß der Gläubiger, der höhere Interessen bezogen hat, den Ueberschuß zurückzahlen oder sich den Abzug vom Capital gefallen lassen. Ueberdies stehen dem Begehren des Klägers §§. 994 und 996 a. b. G. B. entgegen; der Kläger könne also jedenfalls nicht mehr als 5 % fordern und müsse sich den Abzug der bereits zuviel erhaltenen Beträge vom Capital gefallen lassen. Dagegen berief sich der Kläger darauf, daß das Decret vom J. 1807 ausdrücklich im Art 5 erklärt, an den bereits abgeschlossenen Verträgen nichts ändern zu wollen, ferner auf §. 5 a. b. G. B. Die beiden unteren Instanzen gaben dem Klagebegehren aus den unten folgenden Gründen im vollen Umfang statt; und der oberste Gerichtshof wies die außerordentliche Revision zurück, „in der Erwägung, daß die gleichförmigen Urtheile nicht eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten."

Gründe der ersten Instanz: „der fragliche Darleihensvertrag ist am 30. April 1805 abgeschlossen worden, zu welcher Zeit kein Gesetz dem Darleiher verbot, die Verzinsung mit $5^{1}/_{2}$ % zu bedingen ... Nach Ablauf der ersten fünf Jahre stand beiden Theilen zwar die Aufkündigung frei; allein da diese nicht erfolgt ist, bestand der Darleihensvertrag fort, und besteht noch jetzt; es hat also keine Novation dieses Vertrages stattgefunden, und noch jetzt stützt sich die Klage auf die erwähnte Urkunde vom 30. April 1805. Nun hat aber das Decret vom 31. October 1807 ausdrücklich erklärt, daß es an den bis zum Tage seiner Kundmachung bereits abgeschlossenen Zinsverträgen nichts ändern wolle und kann daher dasselbe auch auf den Vertrag vom 30. April 1805 keine Anwendung finden.... Wenn die Last der $5^{1}/_{2}$ % Interessen dem Schuldner zu groß war, so stand es ihm frei, sich derselben, wann immer es ihm gefiel, durch die bedungene sechsmonatliche Aufkündigung zu entledigen. Wenn er aber, statt diese Aufkündigung vorzunehmen, es vorzog, den Vertrag fortbestehen zu lassen, so mußte er ihn eben mit allen getrof-

fenen Verabredungen fortbestehen lassen, zu welchen auch die Verpflichtung zur Zahlung der bedungenen Interessen gehört. Jedenfalls sind diese Interessen wissentlich gezahlt worden, und es kann dem Schuldner daher auch nicht das Recht zustehen, dasjenige zurückzufordern, was er mit dem Bewußtsein gezahlt hat, daß er es nicht schuldig sei (§. 1432 a. b. G. B.)."

Gründe der zweiten Instanz: „Das Decret vom 31. October 1807 regelte das Zinsenmaß bezüglich jener Verträge, welche nach seiner Publication abgeschlossen werden sollten, — änderte aber nichts an den Zinsverträgen und sonstigen Acten, welche vorher eingegangen worden waren, wie dieses im Artikel 5 erklärt ist. Auch die Bestimmungen des österr. a. b. G. B. über die Vertragszinsen konnten nach §. 5 dieses Gesetzbuches auf jenen Vertrag nicht zurückwirken. Wenn ferner der am 30. April 1805 abgeschlossene Darleihensvertrag durch Bezahlung des Capitals nach Ablauf von fünf Jahren aufgelöst werden konnte, so hat der Schuldner von dieser Ermächtigung doch keinen Gebrauch gemacht, und den Vertrag in allen seinen Theilen, somit auch in denjenigen, welche sich auf das bedungene Maß der Interessen beziehen, aufrecht erhalten."

Nr. 41.

Procura eines Handlungsbedienten. Haftung des Principals für die Handlungen desselben.

Entsch. vom 5. Oct. 1854, Nr. 10005 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien vom 20. Februar 1854, Nr. 3742, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 6. Juli 1854, Nr. 4028). G. Z. 1857, Nr. 76.

Nr. 42.

Haupteid zum Beweis der exceptio non numeratae pecuniae aufgetragen.

Entsch. vom 18. Oct. 1854, Nr. 10295 (Best. des Urtheils der Prätur Lonato v. 25. März 1854, Nr. 2301, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 1. Juli 1854, Nr. 6380). G. Z. 1854, Nr. 151.

Die Klägerin hatte auf Grund eines notariell aufgenommenen Schuldbekenntnisses die Erben des B auf Bezahlung eines Darlehens belangt, wogegen diese sich durch die Einwendung der nicht erfolgten

Zuzählung der Darlehenssumme unter Auftragung des irreferiblen Haupteides vertheidigten. Die Prätur verurtheilte die Geklagten unbedingt zur Zahlung, weil der Haupteid nicht als ein zulässiges Gegenbeweismittel gegen einen Notariatsact angesehen werden könne. Die zweite Instanz erkannte auf den Haupteid. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, jedoch nur in der Erwägung, „daß der Beweis durch den Haupteid im gegenwärtigen Falle nach §. 268 der ital. G. O. (§. 278 der westgal. G. O.; übereinstimmend mit der a. h. Entschließung vom 1. März 1842, Wessely I., Nr. 636) nicht zugelassen werden konnte, weil er ohne die Eigenschaft der Zurückschiebbarkeit und ohne Anführung solcher Umstände aufgetragen wurde, welche die Behauptung der nicht erfolgten Zuzählung der Valuta einigermaßen als nicht unwahrscheinlich darstellen würden, während vielmehr aus den Satzschriften sich ergibt, daß die Geklagten auf Abschlag des Capitals 240 Lire gezahlt, und wiederholt Fristen zur Interessenzahlung begehrt haben, wodurch sie den Bestand ihrer Schuld sowohl in Betreff des Capitales als der Zinsen anerkannten."

Zugleich hat jedoch der oberste Gerichtshof in einer Plenarberathung beschlossen, folgenden Rechtssatz in sein Judicatenbuch einzutragen:

„Zum Beweise der Einwendung der nicht geschehenen Zuzählung eines Darlehens kann auch auf den dem Gläubiger hierüber aufgetragenen Haupteid, wenn nach den aus den Acten erhellenden Umständen keine besonderen Bedenken entgegenstehen, erkannt werden, und dieser Haupteid ist so wie jeder andere Gegenbeweis zu beurtheilen."

Nr. 43.

Unzulässigkeit der Aufkündigung eines Bestandvertrages durch den Eigenthümer der Bestandsache ohne Mitwirkung des Sequesters.

Entsch. vom 18. Oct. 1854, Nr. 10562 (Best. des Urtheils der Prätur Mailand vom 24. Juli 1854, Nr. 28484, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 11. August 1854, Nr. 8507). Gaz. d. Trib. 1854, S. 569, 570.

Der Eigenthümer eines unter Sequester gestellten Hauses kündigte einem der im Hause wohnenden Miether den Bestandvertrag auf. Letzterer legte die Aufkündigung zurück, indem er sich darauf berief, daß nach §. 381 ital. G. O. (§. 296 a. G. O.) dem Sequester die Verwaltung der sequestrirten Sache zukomme, eine giltige Aufkündigung daher nur von diesem ausgehen könne. Die erste Instanz erklärte die Aufkündigung für unzulässig; die zweite erhielt sie aufrecht, indem sie bemerkte, der im

Executionswege bestellte Sequester sei ein Verwalter im engsten Sinne des Wortes, d. h. er habe nur die Früchte und Einkünfte einzuheben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, „in der Erwägung, daß der Eigenthümer durch die richterliche Anordnung in der freien Ausübung seines Eigenthumsrechtes beschränkt war, so weit es sich um die Einkünfte handelt, bezüglich deren eben der Sequester bestellt wurde, daß er daher nicht wirksam einen Act vornehmen konnte, durch welchen der Vollzug der erwähnten richterlichen Anordnung vereitelt werden könnte".

Nr. 44.

Beabsichtigtes schriftliches Testament als mündliches Testament aufrecht erhalten.

Entsch. v. 24. Oct. 1854, Nr. 5642 (Best. des Urtheils der Prätur Schio vom 16. Dec. 1853, Nr. 11564, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 22. Februar 1854, Nr. 2731). Eco d. Trib. 1855, S. 233. Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 201 ff.

Joseph M wollte ein schriftliches Testament errichten, ließ deshalb den Notar C rufen und dictirte es ihm in Gegenwart zweier Zeugen. Als der Aufsatz niedergeschrieben war, hatten ihn die Kräfte verlassen, und er starb, ohne seine Unterschrift beigesetzt zu haben. Der Inhalt des Aufsatzes wird als der letzte Wille des Joseph M vom Notar und den Zeugen eidlich bestätigt und es handelt sich nunmehr darum, ob ein mündliches Testament als vorhanden anzunehmen sei. Die Frage wird in erster und dritter Instanz bejaht, in zweiter Instanz verneint.

Gründe der zweiten Instanz: „Die Quelle des den Bürgern eingeräumten Rechtes zu testiren, ist einzig das bürgerliche Gesetz, da das Naturrecht keinen Anhaltspunkt dafür bietet, daß der Einzelne seinen Willen für eine Zeit ausdrücken (esprimere) könne, in welcher er selbst nicht mehr am Leben ist, indem man bei Testamenten den Todestag, ja selbst erst den Zeitpunkt, wo der Tod schon eingetreten ist, als den Moment der Erklärung des Willens, der bis dahin ja noch beliebig geändert werden konnte, ansieht. Da nun die Fähigkeit zu testiren, nur durch das positive Recht begründet wird, so können auch nur jene Formen, welche das Gesetz vorschreibt, bei der Ausübung dieses Rechtes maßgebend sein. Dem Testator bleibt nur die Wahl zwischen den verschiedenen zulässigen Formen; hat er eine derselben gewählt und seinen Willen ausgesprochen, sein Testament ihr zu unterwerfen, so muß auch ihr entsprechend die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Actes beurtheilt werden, je nachdem die ihr eigenthümlichen Solennitäten beobachtet sind oder nicht... In der That ist die Errichtung eines mündlichen Testamentes nur demjenigen nach

§. 584 a. b. G. B. gestattet, welcher nicht schriftlich testiren will oder kann. Es kann daher der Erblasser, es kann aber nicht der Erbe die zuerst gewählte Form des Testamentes zu einer Zeit ändern, wo jener es nicht mehr kann und nicht mehr will. Weder der Notar, noch die übrigen Zeugen waren als solche zu einem mündlichen Testamente gerufen, sondern zu einem schriftlichen; der Erblasser hat, als die Beobachtung der Formalitäten des ersteren ihm unmöglich wurde, nicht erklärt, ein mündliches Testament errichten zu wollen, und der zufällige Umstand, daß zwei zu Zeugen des schriftlichen Testamentes Berufene, welche als solche nach dem Gesetz auf den Inhalt der letztwilligen Anordnung gar nicht zu achten brauchten, bei der mündlichen Eröffnung des Willens des Erblassers vor dem Notar zugegen waren, ohne daß eine der betreffenden Personen daran gedacht hätte, es solle in dieser Eröffnung die Errichtung eines mündlichen Testamentes liegen, kann daran nichts ändern, daß der Erblasser nur ein schriftliches Testament errichten wollte."

Gründe der dritten Instanz: „Aus dem Inhalt der Urkunde und den Aussagen der Zeugen geht nicht hervor, daß der Erblasser geradezu nur ein schriftliches Testament errichten wollte; dagegen ist .... das mündliche Testament nach den in §. 585 a. b. G. B. vorgeschriebenen Formen, so wie es in der Urkunde .... niedergeschrieben ist, vorhanden. Auch ist zu berücksichtigen, daß nach §. 722 a. b. G. B. selbst in dem Falle, wo ein Testament verloren gegangen ist, der Inhalt desselben auf die für mündliche Testamente vorgeschriebene Art dargethan werden kann."

Nr. 45.

Auftragung des Haupteides zur Entkräftung des durch eine Urkunde geführten Beweises.

Entsch. vom 31. Oct. 1854, Nr. 10687 (Best. des das Urtheil des B. G. Kronstadt v. 3. Mai 1854, Nr. 2409 abändernden Urtheils des O. L. G. Hermannstadt v. 18. Juli 1854, Nr. 5535). G. Z. 1855, Nr. 52.

B hatte dem A eine gewisse Zahlung zu leisten; die Banknoten lagen in verschiedenen Haufen beisammen; A zählte und übernahm sie, und stellte die Quittung aus. Er behauptet nunmehr, später entdeckt zu haben, daß er beim Summiren der Bleistiftnotizen über die Beträge der verschiedenen Haufen einen Irrthum begangen, und um 100 fl. zu wenig erhalten habe. A verlangt nun die Nachzahlung unter Auftragung des Haupteides, auf welchen die erste Instanz erkannte, während die zweite und dritte Instanz das Klagebegehren unbedingt abwiesen.

Gründe der zweiten Instanz: „Der Haupteid kann im vorliegenden Falle als Beweismittel keine Anwendung finden, denn der vom Kläger angeführte Thatumstand, er habe um 100 fl. zu wenig erhalten, ist durch die vom Geklagten beigebrachte Quittung, deren Echtheit vom Kläger selbst nicht in Abrede gestellt wird, vollkommen widerlegt. Wo aber ein Gegenbeweis vorliegt, dort ist der Haupteid als Beweis unzulässig (§. 264 prov. C. P. O.). Sollte aber der Beweis darüber geführt werden: Geklagter habe dem Kläger, sei es aus Irrthum oder aber, wie letzterer in seiner Replik behauptet, mit Vorsatz um 100 fl. C. M. zu wenig ausbezahlt, und daher eine Quittung über einen, die bare Zuzählung um 100 fl. übersteigenden Betrag erhalten, so kann in Ermanglung anderer Beweismittel auch hier der Haupteid nicht zugelassen werden; denn im ersten Falle kann man über etwas Unbestimmtes, über einen Irrthum, keinen Haupteid ablegen, weil eben dadurch der Beweis einer bestimmten Thatsache festgestellt werden soll; im zweiten Falle aber kann der Richter keinen Eid zulassen, welcher offenbar falsch geschworen werden müßte. Da nun der Kläger zur Begründung seiner Behauptung kein anderes Beweismittel beigebracht hat, so muß er mit seinem Begehren abgewiesen werden."

Die Bestätigung dieses Erkenntnisses in dritter Instanz erfolgte, „weil Kläger gegen seine für echt erkannte Quittung darüber, daß er den schuldigen Betrag mit Abgang von 100 fl. C. M. von dem Geklagten erhalten habe, nicht den geringsten Beweis liefere, somit nach §. 264 der prov. C. P. O. auf den Haupteid nicht erkannt werden könne."

Nr. 46.

Anspruch des unehelichen Kindes auf nachträgliche Zahlung des Alimentationsbetrages für eine Zeit, während welcher es von einem Dritten unentgeltlich verpflegt wurde.

Entsch. v. 8. Nov. 1854, Nr. 11410 (theilweise Abänderung und Bestätigung der Urtheile des L. G. Linz vom 31. März 1854, Nr. 161 und des O. L. G. Linz v. 17. Juni 1854, Nr. 3623). G. Z. 1855, Nr. 50.

Der Vormund der 22jährigen unehelichen Tochter A klagt gegen B auf Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung der Alimente für die ersten 12 Lebensjahre. B widerspricht der Vaterschaft und wendet ein, die A sei ohnehin von dritten Personen (B's Eltern) verpflegt worden, ohne daß diese sich um den Vater des Kindes bekümmert hätten; auch sei die Klage nach §. 1480 a. G. B. verjährt.

Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab aus folgenden Gründen: „Es handelt sich eigentlich nur um den Ersatz der für das uneheliche Kind A von der Geburt desselben angefangen bis zum vollen-

deten 12. Jahre wirklich verausgabten Alimentationskosten, und nicht um die Leistung einer Alimentation pro futuro. Kläger ist nicht berechtigt, diesen Ersatz im Namen des Kindes zu fordern, indem die Alimentation für die Vergangenheit von einer dritten Person geleistet wurde, von welcher jedoch ein Ersatz nicht angesprochen wurde."

Die zweite Instanz erkannte, für den Fall der Nichtablegung des dem B über den Beischlaf in der kritischen Zeit irreferibel aufgetragenen Haupteides (welchen derselbe, ohne gegen die Unzurückschiebbarkeit etwas einzuwenden, im Proceß ausdrücklich angenommen hatte), nach dem Klagbegehren. Gründe: „Auch ein uneheliches Kind hat das Recht, von seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern, und zur Verpflegung ist vorzüglich der Vater verbunden, wenn er nicht beweist, daß er nicht im Stande ist, sie zu leisten (§§. 166 und 167 a. b. G. B.). Vom Geklagten wird aber nicht behauptet und noch weniger bewiesen, daß er nicht im Stande war, die A zu verpflegen; derselbe erkennt es an, daß er ihr eine Verpflegung überhaupt, und auch in den ersten 12 Jahren ihres Lebens nicht geleistet hat; B hat demnach, wenn er der Vater ist, die ihm gegenüber seinem Kinde obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt, und kann daher zur Erfüllung derselben, nämlich zur Leistung dessen verhalten werden, was auf die Verpflegung des Kindes in den ersten 12 Jahren seines Lebens hätte verwendet werden müssen, wenn die Verpflegung vom Geklagten wirklich geleistet worden wäre. Die Thatsache, daß die Klägerin während ihrer ersten 12 Lebensjahre von den Eltern des Geklagten verpflegt wurde, hebt die im Gesetze liegende Verbindlichkeit des Geklagten nicht auf; den dessen Eltern haben die Klägerin nicht für ihn und anstatt seiner verpflegt; er sagt vielmehr in der Einrede selbst, daß seine Eltern sich nicht kümmerten, wer der Vater des Kindes sei, und widerspricht noch ausdrücklich in der Duplik, daß die Klägerin bei der Aufnahme in das Haus seines Vaters als sein (des Beklagten) Kind angesehen und behandelt wurde. Die Verpflegung der Klägerin in den ersten zwölf Lebensjahren von Seite der Eltern des Geklagten war also eine Schenkung. Wenn nun dem Gläubiger das, was sein Schuldner ihm schuldig ist, von einem Dritten geschenkt wird, so wird die Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben. Die besprochene Verbindlichkeit des Geklagten ist aber auch nicht durch Verjährung erloschen, weil die im Personenrechte begründeten Verbindlichkeiten, namentlich jene, den Kindern den unentbehrlichen Unterhalt zu verschaffen, nicht verjährt werden können (§. 1481 a. b. G. B.); auch die aus dem §. 1480 ebenda hergeholte Einwendung der Verjährung ist ungegründet, weil die Geklagte noch minderjährig ist, daher die allenfalls angefangene Verjährung nie früher als binnen zwei Jahren nach erreichter Volljährigkeit hätte vollendet werden können (§. 1494 a. b. G. B.), wenn sie, falls sie angefangen hätte, nicht durch die Klage unterbrochen worden wäre (§. 1497 ebd.)."

Der oberste Gerichtshof bestätigte 1. im Punkt der Vaterschaftsanerkennung das Urtheil der II. Instanz, weil auch darauf das Begehren gestellt wurde, mithin es sich nicht, wie der erste Richter meinte, nur um Alimentenersatzansprüche handelt, und 2. im Punkt der begehrten Zahlung der Alimente pro praeterito das Urtheil der I. Instanz, weil die gesetzliche Pflicht des unehelichen Vaters zur Naturalverpflegung dadurch, daß dieselbe von einem Dritten geleistet worden ist, aufgehört hat und nur dieser Dritte nach §. 1042 a. b. G. B. zum Ersatzanspruch gegen den Vater berechtigt wäre, dem Kind selbst aber, welches dasjenige, was es nach dem Gesetz ansprechen durfte, bereits empfangen hat, ein solches Ersatzforderungsrecht nicht zusteht.

Nr. 47.

Unzulässigkeit der provisorischen Sequestration einer Mehreren gemeinschaftlichen Sache, wenn nur über die Theilung gestritten wird.

Entsch. v. 9. Nov. 1854, Nr. 11903 (Best. der den Bescheid des L. G. Bergamo vom 12. Juni 1854, Nr. 5371 abändernden Verordnung des O. L. G. Mailand v. 10. August 1854, Nr. 8437). Gaz. d. Trib. 1855, S. 482, 483.

Zwischen mehreren Besitzern eines gemeinschaftlichen Grundstücks entstand Streit aus Anlaß des auf Theilung gerichteten Begehrens einiger derselben. In Folge dessen verlangte die eine Partei A die Aufstellung eines Sequesters, welchem Begehren sich jedoch die andere Partei B widersetzte. Die erste Instanz hatte die Sequestration bewilligt; die beiden höheren wiesen das Ansuchen ab.

Gründe der dritten Instanz: „Das Gesuch des A stützt sich ausschließlich auf §. 376 ital. G. O. (§. 292 a. G. O.). Dieser Paragraph ist jedoch in keiner Weise auf den vorliegenden Fall anwendbar, da A selbst zugibt, daß Eigenthum und Besitz der Realität, deren Sequestration er begehrt, zur Hälfte dem B gehöre, welcher übrigens auch dem A den Besitz der anderen Hälfte nicht streitig macht.“

Nr. 48.

Bestellung eines Curators ad actum zur Vertretung des Nachlasses des Schuldners nach erfolgter Erbserklärung. Unterbrechung der Verjährung durch die Zustellung der Klage an einen solchen Curator.

Entsch. v. 14. November 1854, Nr. 12058 (Best. des Urtheils des H. G. Wien v. 28. August 1854, Nr. 26574, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien vom 5. Oct. 1854, Nr. 291). G. Z. 1855, Nr. 1.

A überreichte am 15. April 1853 bei dem Handelsgericht wider die Verlassenschaft des B eine Klage auf Zahlung einer Wechselschuld von 200 fl. und bat um Bestellung eines Curators für die Verlassenschaft des Geklagten. Das Gericht erließ am 16. April 1853 den Zahlungsauftrag und bestellte den C als Curator ad actum für die Verlassenschaft des Geklagten. C unterließ es gegen den ihm am 18. April 1853 zugestellten Zahlungsauftrag Einwendungen zu erheben. Als später A auf Grundlage des rechtskräftigen Zahlungsauftrages die Execution auf das Verlassenschaftsvermögen des B zu führen begann, traten die Erben des B mit einem Begehren um Restitution gegen die ohne ihr Verschulden verstrichene Frist zur Einbringung der Einwendungen auf. Diesem Ansuchen wurde stattgegeben und den Erben eine neue Frist zur Einbringung der Einwendungen gegen den obigen Zahlungsauftrag ertheilt. Die Erben wendeten nun insbesondere die Verjährung der wechselrechtlichen Ansprüche nach Art. 77 der W. O. ein, indem sie geltend machten, daß die am 18. April 1853 erfolgte Zustellung der Klage an den als Curator für die Verlassenschaft des B bestellten C nicht als eine legale Behändigung der Klage angesehen werden könne, weil die Erbserklärung der Testamentserben des B schon am 3. Mai 1852 erfolgt und vom Bezirksgerichte Mödling als Abhandlungsbehörde angenommen war, und weil A hiervon schon im November 1852 Kenntniß erlangt hatte. Die erste Instanz erkannte, daß die Zahlungsauflage zu Recht bestehe, indem sie die Einwendung der Verjährung als unbegründet ansah, da „wenn auch zur Zeit der eingebrachten Klage bereits erbserklärte Erben vorhanden waren und der Kläger selbst Kenntniß davon gehabt habe, dennoch der Curator in Kraft seiner gerichtlichen Bestellungen berechtigt war, die Klage anzunehmen.“ Die zweite Instanz erkannte, daß die Zahlungsauflage nicht zu Recht bestehe, und zwar insbesondere aus folgenden Gründen: „Nach §. 547 a. b. G. B. stellt der Erbe, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Es ist daher außer Zweifel, daß jedermann, der an eine Verlassenschaft Ansprüche zu stellen hat, dann, wenn sich ein Erbe der Verlassenschaft angenommen hat, sich an diesen zu wenden hat, und sofern er im Klagewege auftritt, gegen den Erben die Klage zu stellen hat. Ganz über-

einstimmend damit räumt der §. 811 a. b. G. B. den Gläubigern das Recht ein, einen Verlassenschafts-Curator bestellen zu lassen, wenn sie die Erbserklärung nicht abwarten wollen, woraus doch klar hervorgeht, daß denselben dieses Recht nicht zusteht, wenn ein Erbe die Verlassenschaft angenommen hat. . . . Es folgt daraus von selbst, daß im vorliegenden Streit, wo der Kläger seinen Gegner verfehlt hat, und anstatt wider die Erben des B, wider den Verlassenschafts-Curator aufgetreten ist, er die Folgen der verfehlten Wahl seines Gegners zu tragen hat. Sobald aber ein Kläger seinen Gegner verfehlt hat, sind alle Acte zwischen ihm und dem verfehlten Gegner zweifellos ohne Rechtswirkung gegenüber dem eigentlichen Gegner; mithin ist auch die Behändigung der Zahlungsauflage an den Verlassenschafts-Curator ohne Rechtswirkung gegen die Erben des B."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung im Wesentlichen aus folgenden Gründen: „Gegen die Verlassenschaft des in der Klage als verstorben ausgewiesenen B war die Klage gerichtet, somit nicht gegen einen verfehlten Gegner. Der im Sinne des §. 811 a. b. G. B. (welcher den Gläubiger nicht verpflichtet, die Erben des Schuldners, ihren Wohnort und Vertreter ausfindig zu machen und nirgends eine nach der Erbserklärung an einen Curator ad actum gemachte Zustellung als null und nichtig erklärt) ad actum gerichtlich bestellte Curator der Verlassenschaft konnte ohne Zweifel die Behändigung der Klage rechtswirksam entgegennehmen, und da dieß schon am 18. April 1853 geschah, so war damit die Verjährung ausgeschlossen."

Nr. 49.

Pflicht des höheren Richters bei Beurtheilung von Beschwerden gegen unterrichterliche Verfügungen die thatsächlichen Verhältnisse so anzunehmen, wie sie dem unteren Richter vorgelegen sind.

Entsch. v. 21. Nov. 1854, Nr. 11662 (Best. der gleichförmigen Bescheide des B. G. der inneren Stadt Wien v. 25. August 1854, Nr. 9245 und des O. L. G. v. 19. Sept. 1854, Nr. 479). G. Z. 1855, Nr. 9.

Die erste Instanz hatte mittelst Bescheides vom 25. August 1854 das von A wider B am 23. August 1854 eingebrachte Gesuch um Pränotirung des bedingten Pfandrechtes auf das dem B gehörige Kammerhandelgewerbe zur Sicherstellung einer Wechselforderung bewilligt. In dem dagegen ergriffenen Recurse wurde ausgeführt, daß laut beigebrachten Edictes des Landesgerichtes zu Temesvar vom 22. August 1854 über das Vermögen des B der Concurs eröffnet worden sei, daher das am

23. August eingebrachte Vormerkungsgesuch auf die Concurseröffnung zu weisen gewesen wäre. Die erste Instanz führte in ihrem Berichte zur Rechtfertigung ihres Bescheides an, daß sie bei Erledigung des Vormerkungsgesuches von der bei dem Landesgerichte in Temesvar stattgefundenen Concurseröffnung keine Kenntniß hatte. Die zweite Instanz wies hierauf den Recurs ab, und die dritte Instanz bestätigte die Entscheidung in der Erwägung, „daß die Pränotirungsbewilligung blos wegen des über das Vermögen des A eröffneten Concurses bestritten wird und daß dem Bezirksgericht zur Zeit des erlassenen Bescheides die Tags vorher erfolgte Concurseröffnung nicht bekannt war und daher noch nicht berücksichtigt werden konnte, der höhere Richter aber bei Beurtheilung der gegen unterrichterliche Verfügungen ergriffenen Beschwerde die Verhältnisse so anzunehmen hat, wie sie dem unteren Richter vorgelegen sind."

Nr. 50.

Zulässigkeit des Beisatzes „des Wissens und Erinnerns" bei einem Manifestationseide.

Entsch. v. 28. November 1854, Nr. 10245 (Best. des Urtheils des Civilgerichts Venedig v. 22. August 1853, Nr. 24623, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 10. April 1854, Nr. 705). Eco d. Trib. 1855, S. 184 ff.

In einer zwischen A und B zu theilenden Verlassenschaft befand sich eine Geschäftscasse, deren sich B sogleich bemächtigt hatte und die in seinem Gewahrsam blieb. Die Erben kamen überein, daß B den Inhalt der Casse eidlich anzugeben habe. Demzufolge überreichte B ein Gesuch, in welchem er sich erbot, zu beschwören: seines Wissens und Erinnerns habe die Casse nicht mehr als 20.000 Lire enthalten." A klagt und begehrt, B solle verurtheilt werden, seine Angabe ohne den Beisatz des Wissens und Erinnerns zu beschwören. Das Klagebegehren wird in erster und dritter Instanz abgewiesen, während ihm die zweite stattgibt.

Gründe der zweiten Instanz: „Wenn Jemand schuldig ist, ein Vermögen oder Schulden anzugeben, so soll er auf Begehren des Gegners die Richtigkeit seiner Angaben beschwören (§. 219 a. G. O.). Es handelt sich hiebei offenbar um die eigenen Handlungen des Manifestirenden. Die Bestätigung eigener Handlungen muß aber eine positive sein; das erfordert die Natur der Sache und das Gesetz, welches vom Wissen und Erinnern nur beim Haupteid spricht, der auch über fremde Handlungen aufgetragen werden kann (§§. 269, 283 ital. G. O.; §§. 206, 207 a. G. O.). Wenn B nicht mit Grund behaupten kann, daß die Casse nur 20.000 L. enthielt, so wird er sich hüten, es zu be-

schwören, und es werden dann die Rechtsfolgen der Nichtablegung des Eides eintreten; B aber kann jedenfalls nicht verlangen, daß man als den Inhalt der Casse jenen Betrag annehme, den er nicht beschworen hat."

Gründe der dritten Instanz: „Wie aus §. 284 der ital. G. O. (§. 220 a. G. O.) hervorgeht, ist bei der Angabe oder Manifestation eines Vermögens der Beisatz des Wissens und Erinnerns nicht ausgeschlossen. Der Geklagte hat hinlänglich dargethan, daß er Grund habe, seine Angabe nur mit jenem Beisatz zu beschwören, und der Kläger muß sich daher mit diesem Eide begnügen, besonders da ihm noch alle anderen Klagen und Rechtsmittel vorbehalten bleiben."

Nr. 51.

Unerlaubte Verabredungen in Bezug auf Feilbietungen.

Entsch. v. 5. Dec. 1854, Nr. 11904 (Best. des das Urtheil der Prätur Brescia v. 15. Juli 1854, Nr. 15182 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 6. Sept. 1854, Nr. 8500). Gazz. dei Trib. 1855, S. 155 ff.

Die Vermögensverwaltung einer Kirche verpachtete einige Grundstücke im Wege einer von ihr selbst, unter Vorbehalt der Ratification der Administrativbehörde, abgehaltenen Feilbietung. Eine dritte Feilbietung hatte bereits stattgefunden und B war Meistbieter geblieben; ehe jedoch die Bestätigung der Administrativbehörde erfolgte, erbot sich A in einer Eingabe an die letztere, mehr als B zu zahlen. Die Kirchenverwaltung erhielt in Folge dessen den Auftrag, mit den beiden Concurrenten zu verhandeln, und den Vertrag mit demjenigen, der günstigere Bedingungen stelle, abzuschließen. Sie lud Beide auf denselben Tag zu sich; allein es fand inzwischen eine Verständigung statt. B stellte eine Urkunde aus, in welcher er sich verpflichtete, dem A „für die Abtretung seiner Antheilnahme (interessenza) an dem Pacht, für den Verzicht auf das in Compagnie zu übernehmende Geschäft (per la rinuncia di tenerla in società)" jährlich 300 L. A. zu zahlen. Darauf enthielt sich A jeder Betheiligung an der Sache; B erhöhte sein früheres Angebot und es wurde mit ihm der Pachtvertrag abgeschlossen. Da er indeß gleich die erste Rate von 300 L. A. nicht zahlte, mußte A klagen, wogegen sich B auf das Hofkd. v. 6. Juni 1838, J. G. S. Nr. 277 (Michel II. Nr. 1224), berief. Dem Klagebegehren ward in erster Instanz stattgegeben; namentlich deßhalb, weil es sich nicht um eine Feilbietung gehandelt habe, da diese schon abgehalten war, als die Verabredung stattfand, und weil die von der Verwaltung des Kirchenvermögens abgehaltene Feilbietung nicht als eine von einer Behörde veranstaltete öffentliche Versteigerung angesehen werden könne. Die zweite und dritte Instanz wiesen das Begehren des Klägers zurück.

Gründe der zweiten Instanz: „Der Vertrag, welcher bestimmt war, dem Kläger den Gewinn derjenigen Summe zu sichern, um welche im Falle einer ordnungsmäßigen Licitation der Meistbot hätte gesteigert werden können, ist offenbar ein ganz widerrechtlicher, da er nothwendig zum Schaden des Kirchenvermögens, in dessen Interesse die Versteigerung stattfand, gereicht. Das Hofdecret vom 6. Juni 1838 erklärt aber ausdrücklich Verträge für ungiltig, wodurch Jemand bei einer, von was immer für einer Behörde veranstalteten öffentlichen Versteigerung als Mitbieter nicht zu erscheinen oder nur bis zu einem bestimmten Preise oder nur nach einem gegebenen Maßstabe oder gar nicht mitzubieten verspricht. Wenn der Kläger nun dagegen geltend macht, daß es sich nicht um eine öffentliche, von einer Behörde veranstaltete Versteigerung handle, so ist doch klar, daß die Privat-Licitation, von welcher der Kläger ausblieb, die Fortsetzung jener öffentlichen Versteigerung war, welche zu drei verschiedenenmalen vorher abgehalten wurde, und ebenso klar, daß, da jene Versteigerung von der Verwaltung des Kirchenvermögens in Folge ausdrücklichen Auftrags der Provinzialdelegation abgehalten wurde, sie so anzusehen ist, als wäre sie durch jene Behörde selbst abgehalten worden. Da nun in Folge der ausdrücklichen Erklärung der §§. 878 und 1174 a. b. G. B. und des erwähnten Hofdecrets dem Kläger kein Recht zugestanden ist, auf die Zahlung der Summe, welche ihm als Lohn für die betrügerische Collusion zugestanden wurde, zu klagen, mußte das Klagebegehren zurückgewiesen werden."

Diese Entscheidung wurde vom obersten Gerichtshofe bestätigt, „in der Erwägung, daß der Kläger den Beweis eines zwischen ihm und dem Geklagten zur Uebernahme der Pachtung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages oder irgend eines anderen Anspruches auf Betheiligung an den eventuellen Vortheilen dieses Geschäftes nicht nachgewiesen hat, und daß mit Rücksicht auf die schon im oberlandesgerichtlichen Erkenntnisse hervorgehobenen Umstände das in der fraglichen Urkunde enthaltene Versprechen nur als ein solches angesehen werden kann, welches auf einer unerlaubten Collusion beruht, und somit unfähig ist, irgend eine gesetzliche Wirkung hervorzubringen, also auch nicht die Verbindlichkeit, welche darauf gestützt werden soll".

Nr. 52.

Eventuelle Haftung der Partei, auf deren Verlangen für einen Dritten ein Curator bestellt wurde, für die Kosten.

Entsch. v. 7. Dec. 1854, Nr. 11188 (Best. des das Urtheil des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 23. Mai 1854, Nr. 14314 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 23. August 1854, Nr. 4231). G. Z. 1855, Nr. 15.

In den Entscheidungsgründen des oberstrichterlichen Urtheils heißt es: „Die Bestellung des Klägers zum Curator der allfälligen Nach-

kommenschaft der B aus ihrer Ehe mit X erfolgte auf das von der B eingebrachte Gesuch um Löschung des §. 3 der Schenkungsurkunde hinsichtlich der den obenerwähnten Nachkommen in diesem Paragraph vorbehaltenen Substitutionsrechte von der der B gehörigen Haushälfte; dieselbe wurde daher zum Behuf der Durchsetzung des Rechtsanspruchs der B, um nämlich die in ihrem Besitz befindliche Realität von einer hierauf haftenden Beschränkung zu befreien, von ihr in ihrem eigenen Interesse angesucht, indem die Bestellung eines rechtskundigen Curators sich eben als das nöthige Mittel zur Erreichung des von ihr beabsichtigten Zwecks darstellte. Daß die B, wie sie auch wohl in der Einrede nicht verkennt, die Mühewaltung und die baren Auslagen des Curators zu vergüten gehabt hätte, wenn derselbe ihrem Begehren beigestimmt hätte, und die von ihr beabsichtigte Löschung im officiosen Wege bewilligt worden wäre, kann keinem Zweifel unterliegen. Dieser Verbindlichkeit, den Curator zu honoriren, kann sie sich aber nunmehr nicht deßhalb entziehen, weil er es für seine Pflicht erachtete, die ihm zweifelhaft erschienene Rechtsfrage im Weg der Proceßführung der richterlichen Entscheidung zu unterziehen; denn immer war doch nur sie es, welche durch das zu ihrem Vortheil gestellte Löschungsansuchen die Curatelsbestellung veranlaßte, und alle weiteren Einschreitungen des Curators im officiosen wie im contentiosen Wege waren nur eine Folge dieses ihres Ansuchens. Daß übrigens der Kläger den dießfälligen Rechtsstreit nicht muthwillig herbeiführte, beweisen die in dieser Angelegenheit erfolgten officiosen Erledigungen erster und zweiter, sowie das nach geschlossenem contentiosen Rechtsverfahren erflossene Erkenntniß erster Instanz. Auch die Kostenaufhebung in dem erwähnten Rechtsstreit steht der Expensenforderung des klagenden Curators nicht entgegen; denn die Verbindlichkeit der B zur Berichtigung dieser Anforderung entspringt nicht aus dem über ihr Löschungsanbringen sonach entstandenen und durchgeführten Proceß; sie ist vielmehr ganz unabhängig von dem Erfolg desselben und beruht nur auf dem zwischen dem Curator und der B durch das unmittelbare Interesse der Letzteren begründeten besonderen Rechtsverhältnisse, wonach Ersterer für seine Bemühung das angemessene Honorar und die Vergütung seiner Auslagen nach §§. 1152 und 1163 a. b. G. B. zu fordern berechtigt ist, in welcher Hinsicht auch das vom Oberlandesgerichte bezogene Rechtsverhältniß des Fideicommißbesitzers zu den Fideicommiß- und Posteritäts-Curatoren eine analoge Anwendung findet."

Nr. 53.

Einfache (beisatzlose) Unterfertigung eines Schuldscheins. — Einwendung der nicht erhaltenen Valuta beim Vorhandensein mehrerer Schuldner.

Entsch. v. 12. Dec. 1854, Nr. 8711 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 4. Nov. 1853, Nr. 31321, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 18. April 1854, Nr. 1074). G. Z. 1855, Nr. 91.

Auf Grund eines von B, C und D ohne weiteren Beisatz, von Z aber mit dem Beisatze „als Zeuge“ unterschriebenen, in vielfacher Zahl stilisirten Schuldscheines über 8000 fl. C. M. klagte A den B auf Zahlung des Drittels pr. 2666 fl. 40 kr. C. M. sammt Nebengebühren. B wendete ein, er sei nicht als Schuldner unterschrieben; auch bietet er den Beweis durch den Haupteid und durch die Zeugenaussagen des C, D und Z darüber an: „daß das Darlehen ihm (B) nicht zugezählt worden sei.“

Die erste und dritte Instanz gab dem Klagebegehren (in den hier allein wichtigen Punkten) statt; die zweite Instanz erkannte auf den angebotenen Zeugenbeweis.

Gründe der ersten Instanz: „Was zuvörderst die Behauptung des Geklagten anbelangt, daß er den Schuldschein der Klage nicht „„als Schuldner““ unterschrieben habe, so deutet der wiederholt darin vorkommende Ausdruck „„wir““ darauf hin, daß der Schuldner mehrere sind, die sich durch diese Urkunde für verpflichtet erklärten. Ferner erscheinen auf dieser Urkunde drei Personen unterzeichnet, ohne weiteren Beisatz, in welcher Eigenschaft sie dieselbe unterzeichneten, wornach angenommen werden muß, daß sie sich als Schuldner unterschrieben haben, weil Jedermann wohl weiß und wissen muß, daß, wenn er einen Schuldschein unterschreibt, er aus demselben zu haften hat, weßhalb es, wenn Jemand den Schuldschein blos als Zeuge unterfertigt, und mit seiner Fertigung keine Haftung übernehmen will, unerläßlich erscheint, daß er seine Eigenschaft „„als Zeuge““ beisetze, widrigens er als Schuldner anzusehen ist. B hat aber der Urkunde, ungeachtet sie von einer vierten Person mit dem ausdrücklichen Beisatze „als Zeuge“ mit unterschrieben wurde, nur seinen Namen beigesetzt, wornach es um so weniger einem Zweifel unterworfen sein kann, daß er dieselbe als Schuldner unterfertigte, als er sie nicht zuletzt, sondern unmittelbar nach C, den er selbst als Schuldner anerkennt, und vor dem ohne Beisatz mitgefertigten D unterzeichnete. Diese Urkunde ist demnach den Anforderungen des §. 1001 a. b. G. B. vollkommen entsprechend und macht wider den Geklagten nach §. 113 und 114 der a. G. O. vollen Beweis.“ Belangend die Einwendung des nicht zugezählten Darlehensbetrages erkannte das Gericht die angebotenen Beweise durch den Haupteid und die namhaft gemachten Zeugen als unentscheidend und deßhalb unzulässig, „weil durch

dieselben nur bewiesen werden sollte, daß das Darlehen dem Geklagten B nicht zugezählt worden sei, was aber die Möglichkeit nicht ausschließt, daß dasselbe einem der Mitschuldner für den Geklagten und zwar für diesen zum Theile zugezählt worden sei."

Gründe der dritten Instanz: „Wenn gleich die Beweisführung über den negativen Umstand der Nichtzuzählung der Valuta nach dem Hofdecrete vom 1. März 1787, Nr. 636 (Wessely I., Nr. 589) ausdrücklich gestattet, und wenn gleich schwierig, dennoch nicht unmöglich ist, so konnte deßungeachtet auf diesen Zeugenbeweis nicht erkannt werden, weil der Umstand, über den derselbe geführt werden soll, nämlich die nicht geschehene Zuzählung der Valuta, auf die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites einen wesentlichen Einfluß zu üben nicht geeignet ist; denn da der heutige Geklagte nicht der Alleinschuldner, sondern blos Mitschuldner ist, so könnte die nicht erfolgte Zuzählung der Valuta ihn nur dann von der Verbindlichkeit, einen verhältnißmäßigen Theil der Schuld zu tragen, befreien, wenn der Beweis vorläge, daß sowohl ihm als auch den übrigen Mitschuldnern die Valuta nicht zugezählt wurde, daher eine Zuzählung der Valuta gar nicht stattgefunden habe. Dieses wird aber von dem Beklagten nicht einmal behauptet, noch weniger erwiesen."

Nr. 54.

Zulässigkeit der Personalexecution gegen einen Cridatar, wenn das Güterabtretungsgesuch nicht gegen den Executionsführer rubricirt war.

Entsch. v. 13. Dec. 1854, Nr. 13177 (Best. des den Bescheid des H. G. Wien v. 22. Oct. 1854, Nr. 36251 abändernden Bescheides des O. L. G. Wien v. 30. Oct. 1854, Nr. 2237 und 2273). G. Z. 1855, Nr. 102.

Nr. 55.

Auferlegung des Schätzungseides, wo nur ein Anerbieten zum Hauptеid vorliegt.

Entsch. v. 19. Dec. 1854, Nr. 9901 (Best. des Urtheils des H. G. Mailand v. 15. Mai 1854, Nr. 5258, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 30. Juni 1854, Nr. 6768). Giornale di Giurispr. pr. 1855, S. 261 ff.

Der Kläger fordert vom Geklagten die Herausgabe einer gewissen Quantität Weines, und trägt demselben den referiblen Haupteid darüber

auf, daß er bei ihm 77 Brenten Weins eingelagert habe. Die erste und dritte Instanz, welche auf das Begehren des Klägers eingehen, während es die zweite aus nicht hierhergehörigen Gründen zurückweist, sind nur über das Quantum des eingelagerten Weines im Zweifel und erkennen daher auf den nicht angebotenen Schätzungseid. Hierüber bemerkt der oberste Gerichtshof: „der Kläger hat bei Auftragung des Haupteides sich bereit erklärt, im Falle der Rückschiebung ihn seinerseits abzulegen, also zu beschwören, daß die begehrten 77 Brenten Weins wirklich beim Geklagten existirten. In diesem Anerbieten war jedenfalls auch das geringere mitenthalten, zu beschwören, daß er den erwähnten Wein auf nicht weniger als 77 Brenten anschlage."

Nr. 56.

Umfang der Entschädigungspflicht im Falle einer Entehrung unter der nichterfüllten Zusage der Ehe.

Entsch. v. 20. Dec. 1854, Nr. 12461 (Best. des das Urtheil der Prätur Crespino v. 27. Mai 1854, Nr. 2708 abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 23. August 1854, Nr. 11896). Giorn. di Giurispr. pr. 1855, S. 221 ff.

Die erste Instanz hatte einer unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe verführten und entehrten Frauensperson nebst den Wochenbett- und Entbindungskosten noch (unter der Bedingung der Ablegung des Schätzungseides) einen Betrag von 1600 Lire als Ersatz für den durch die Entehrung und Entbindung erlittenen Schaden zugesprochen; die zweite Instanz wies den darauf bezüglichen Theil des Klagebegehrens gänzlich ab, aus folgenden Gründen: „Es frägt sich, ob die Klägerin nach §. 1328 a. b. G. B. nur Anspruch auf Ersatz der Wochenbett- und Entbindungskosten hat, oder auch auf den Ersatz des Schadens, den sie durch die Kränkung ihrer Ehre erleidet. Soweit es sich um die Entschädigungsfrage handelt, kann das Strafgesetz nicht mit dem bürgerlichen Rechte in Widerspruch stehen, und es steht auch nicht im Widerspruche damit. Die Schwängerung einer Frauensperson kann unter verschiedene Gesichtspunkte, namentlich auch unter verschiedene Strafbestimmungen fallen, je nachdem Gewalt oder List angewendet wurde, und eben so kann der Umfang der civilrechtlichen Entschädigung je nach den Umständen verschieden sein. Den vorliegenden Fall einer Verführung durch Eheversprechen hat das Civilgesetz im §. 1328 a. b. G. B. insbesondere vorgesehen. Es liegt jedoch dem Verführer nur die Verpflichtung ob, die Wochenbett- und Entbindungskosten zu ersetzen; von einem Ersatz für die verlorene Ehre ist nicht die Rede. Von letzterem spricht nur §. 1330 a. b. G. B., allein nur in dem Falle, wenn Jemanden durch Ehrenbeleidigungen ein wirklicher

Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist; es ist in einem solchen Fall nicht ein Preis für die beleidigte Ehre angesetzt, sondern es kommt nur der durch die Beleidigung verursachte Schade in Betracht. Die Klägerin hat jedoch einen solchen wirklich erlittenen Schaden oder entgangenen Gewinn nicht dargethan."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Wenn gleich im juristischen und moralischen Sinne die Entehrung eines Mädchens unter den gegebenen Umständen eine Ehrenbeleidigung enthält, muß man doch der Ansicht des Oberlandesgerichtes beistimmen, daß im vorliegenden Falle auf Schadenersatz nicht erkannt werden könne, weil die Klägerin keinen Beweis eines wirklich erlittenen Schadens oder entgangenen Gewinnes, worauf allein der im §. 1330 a. b. G. B. begründete Ersatzanspruch beruhen kann, beigebracht hat."

Nr. 57.

Einwendungen gegen eine bereits in Rechtskraft erwachsene Meistbotvertheilung.

Entsch. v. 20. Dec. 1854, Nr. 13120 (Best. des den Bescheid der Prätur Lecco v. 29. Juli 1854, Nr. 4629 aufhebenden Decrets des O. L. G. Mailand v. 22. Sept. 1854, Nr. 9580). Gaz. d. Trib. 1855, S. 80. ff.

Gegen die auf Grundlage des rechtskräftigen Graduationsbescheids errichtete Vertheilung des Erlöses von einer Immobilienversteigerung überreichte der Execut einen „Einspruch", in welchem er Abänderungen dieser Vertheilung forderte. Die erste Instanz bewilligte einige dieser Aenderungen; allein das Oberlandesgericht cassirte diesen Bescheid und ordnete an, daß das Gesuch dem Bittsteller als formwidrig und ungeeignet, einer Verhandlung zu Grunde gelegt zu werden, zurückgestellt und er mit seinen Ansprüchen auf den Weg der ordentlichen Klage gewiesen werde. Diese Verfügung ward in dritter Instanz in der Erwägung bestätigt, daß der Execut mit seinem sogenannten Einspruch oder Bemängelungen in letzter Linie nicht eine Verbesserung der Vertheilung, d. i. der Verwirklichung des Graduationsbescheides bezweckt, sondern das Ergebniß dieses schon rechtskräftigen Bescheides anficht und daß dieselben Rechtsfragen involviren, welche nur auf eine förmliche Klage und nach vorgängiger Verhandlung entschieden werden können.

1855.

Nr. 58.

Fristberechnung bei Einbringung einer Eingabe durch die Post.

Entsch. v. 8. Jänner 1855, Nr. 14034 (Abänd. des Bescheides des O. L. G. Linz vom 12. August 1854, Nr. 4653). G. Z. 1855, Nr. 33.

Das Briefpacket, welches die Appellationsanmeldung gegen ein, dem Appellanten am 16. März 1854 zugestelltes Urtheil enthielt, traf am 30. März bei dem Postamte in Salzburg, wo der Proceß geführt wurde, ein. Das Recepisse wurde am selben Tage von dem Einreichungsprotokollisten des Bezirksgerichts unterfertigt und dem Gerichtsdiener übergeben, der aber das Packet erst am folgenden Tage, also nach Ablauf der Frist zur Appellationsanmeldung vom Postamt in Empfang nahm, und zum Einreichungsprotokoll übergab. Die Appellationsanmeldung wurde um die gegentheilige Appellationseinrede verbeschieden. Der Appellat verwahrte sich gegen die Zulässigkeit der Appellation wegen verspäteter Anmeldung. Das Bezirksgericht erklärte mittelst Bescheides vom 17. Juni 1854 die Appellationsanmeldung für rechtzeitig eingebracht, und wies die Protestation zurück. Nachdem dieser Bescheid rechtskräftig geworden war, legte die erste Instanz die Acten dem Oberlandesgerichte zur Schöpfung des Urtheils in zweiter Instanz vor. Das Oberlandesgericht verwarf die Appellationsanmeldung als verspätet. Der oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrecurs statt und trug dem Oberlandesgericht auf, über die in appellatorio vorliegenden Acten meritorisch zu entscheiden, „weil die Appellationsanmeldung des Beschwerdeführers gegen das ihm am 16. März 1854 zugestellte Urtheil des Bezirksgerichtes Salzburg laut des dem Bezirksgerichte zur gehörigen Zeit zugekommenen Postrecepisses bereits am 30. März 1854, sohin in der im §. 332 der westgalizischen Gesetzordnung vorgeschriebenen Frist am Gerichtsorte einlangte, wo sie gleich abholen und präsentiren zu lassen war, und weil eine durch die innere Geschäftsordnung der Gerichtsbehörde herbeigeführte Verzögerung

die Rechte der Parteien nicht zu berühren vermag; überdies aber der Bescheid des Bezirksgerichtes Salzburg vom 17. Juni 1854, wodurch mit Bezug auf das rechtzeitige Einlangen der Appellationsanmeldung auf der Post, die Zurückweisung derselben als verspätet für unzulässig erklärt und die Vorlage der Acten an das Oberlandesgericht zum Spruch in der Hauptsache angeordnet wurde, in Rechtskraft erwachsen ist, da der Gegner sich nicht dagegen beschwert hatte, daher das Oberlandesgericht in der Frage der Verspätung, als rechtskräftig entschieden, gar nicht mehr einzugehen hatte."

Nr. 59.

Empfangsbestätigung des Ehemannes über Dotalsachen unter Angabe des Schätzungspreises derselben. — Kleider, Wäsche und Einrichtung als Heiratsgut.

Entsch. v. 9. Jänner 1855, Nr. 14081 (Best. des die Entscheidung der Prätur Bergamo v. 14. August 1854, Nr. 13881 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 16. Nov. 1854, Nr. 10093). Eco d. Trib. 1856, S. 197. Gaz. d. Trib. 1855, S. 169.

Maria A, verheirathete B, starb kinderlos und hinterließ nichts, als das Heirathsgut, welches sie ihrem Gatten zugebracht hatte. Dasselbe bestand in Mobilien, Wäsche und Kleidern, welche laut eines vom Ehemanne unterzeichneten, die Schätzungspreise enthaltenden Verzeichnisses 280 Lire werth sind. Die Eltern der Verstorbenen verlangen, als gesetzliche Erben zu drei Vierteln, 210 Lire von dem Witwer B. — Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt, indem sie davon ausging, daß die Aufschrift jenes Verzeichnisses: „Schätzung der Effecten, welche Johann A seiner Tochter Maria als Heirathsgut mitgibt" ausreiche, um zu beweisen, daß B die Gegenstände zu einem bestimmten Preise übernommen habe; jedenfalls aber seien diese Gegenstände verbrauchbare im Sinne des §. 301 a. b. G. B. und daher schon nach §. 1227 a. b. G. B. in's Eigenthum des Ehegatten übergegangen.

Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, und behielt den Klägern nur das Recht vor, die Liquidirung und Theilung des wirklich vorhandenen Nachlasses ihrer Tochter zu begehren. Dieses Urtheil bestätigte der oberste Gerichtshof in der Erwägung, „daß die im Verzeichniß aufgeführten Effecten ... nicht verbrauchbare Sachen im Sinne des §. 301 a. b. G. B. sind, und daß der Geklagte, indem er das in diesen Effecten bestehende Heirathsgut annahm, nicht erklärte, daß er dieselben um den bestimmten Preis übernehme, und statt der Sachen diesen Werth in Geld erstatten wolle".

Nr. 60.

Unvollständige Anweisung.

Entsch. v. 11. Jänner 1855, Nr. 13115 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 11. April 1854, Nr. 4958 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 2. Sept. 1854, Nr. 7729). Gaz. d. Trib. 1855, S. 216 ff. Giorn. di Giurispr. pr. 1855, S. 187 ff.

A hat der B ein Darlehen pr. 8000 Lire gegeben, welches Capital auf zwei Häusern der letzteren pfandrechtlich sichergestellt wurde. Später verkaufte B diese Häuser ihren Söhnen M und N, ließ einen bedeutenden Theil des Kaufschillings auf den Realitäten sicherstellen und vereinbarte auch mit den Söhnen, daß sie die 8000 Lire zur Bezahlung an A übernehmen sollten. A, welcher bei diesem Geschäft in keiner Weise betheiligt war, willigte später auf Ansuchen des M und N in die Löschung seines Pfandrechts. Als er später gegen die B (resp. deren Verlassenschaft) seine Forderung einklagte, ward ihm die Einwendung entgegengesetzt, daß er sich an M und N als Assignaten zu halten habe, weil er durch jene Verhandlung mit letzteren sie als Schuldner anerkannt und also in die Assignation eingewilligt habe. Die erste Instanz wies auch aus diesem Grunde das Klagebegehren ab; allein die beiden höheren Gerichte gaben demselben statt und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Der Assignatar verliert nur dann sein Klagerecht gegen den Assignanten, wenn er erklärt hat, daß er den Assignaten als Alleinschuldner annehme. Nur in dem Falle einer vollständigen Anweisung, in welchem der Assignatar den Angewiesenen anstatt des Anweisenden als seinen Schuldner annimmt, und der Angewiesene darein willigt, muß der Assignatar seine Ansprüche gegen den Assignanten auf jenen Umfang beschränken, welchen die §§. 1397 und 1399 a. b. G. B. der Haftung des Cedenten bezüglich des Bestandes und der Einbringlichkeit der Forderung vorzeichnen; der Kläger aber hat sich an dem Vertrage, welcher zwischen der B und ihren Söhnen M und N abgeschlossen wurde, und vermöge dessen die erstere den letzteren die Zahlung ihrer Schuld pr. 8000 Lire auftrug, nicht betheiligt; es liegt auch keine Erklärung des Klägers vor, womit er diese Anweisung annahm, d. h. keine Erklärung, statt der Mutter die genannten Söhne als Zahler sich gefallen lassen zu wollen. Es kann dieses weder durch den Auszug aus dem Hypothekenbuche, noch durch die Eingabe zum Zwecke der Löschung des Pfandrechtes bewiesen werden; denn wenn darin auch M und N vom Kläger als Schuldner bezeichnet werden, so waren sie dieses ja in der That als Besitzer der Pfandsache; — es kann aber daraus noch nicht gefolgert werden, daß derselbe sie statt der persönlichen Schuldnerin als Zahler annahm."

Nr. 61.

Unvollständige Anweisung.

Entsch. v. 16. Jänner 1855, Nr. 13938 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand v. 6. Juni 1854, Nr. 919, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 28. Sept. 1854, Nr. 8167). Gazz. d. Trib. 1854, S. 230, 231.

B stellte eine Urkunde aus, in welcher er bestätigte, von seiner Schwester A ein Darlehen von 7000 L. A. erhalten zu haben, sich verpflichtete, dasselbe mit $4^1/_2$% jährlich zu verzinsen und zugleich erklärte, daß er sie an jener Summe, welche er bei dem Banquierhause M fruchtbringend angelegt habe, derart betheilige, daß sie darüber jederzeit, gegen acht Tage vorausgehende Aufkündigung, nach Belieben verfügen könne. Die A nahm diese Urkunde stillschweigend hin; etwa 10 Jahre später klagt sie den B auf Zahlung der 7000 Lire und es wird ihr eingewendet, daß sie sich nur an das Banquierhaus M, an welches sie angewiesen sei, zu halten habe. — Nur die zweite Instanz berücksichtigt diese Einwendung; die erste und dritte Instanz geben dem Klagebegehren statt.

Gründe der dritten Instanz: „In der Urkunde, um welche der gegenwärtige Rechtsstreit sich dreht, hat der Beklagte eingestanden, von der Klägerin, an welche jene Urkunde gerichtet war, 7000 Lire in Baarem erhalten zu haben, indem er ausdrücklich bemerkt, daß dieses aus dem Titel des Darlehens geschehen sei, und sich zur $4^1/_2$%igen Verzinsung für die ganze Zeit verpflichtet, während welcher es der Klägerin gefällig sein werde, das Geld bei ihm angelegt zu belassen. Der fragliche Brief hat also alle Merkmale einer Schuldurkunde im Sinne des §. 1001 a. b. G. B. und es ist nur zu untersuchen, ob die hinzugefügte Erklärung des Ausstellers, daß er die Klägerin an jener Summe, welche er beim Banquierhause M fruchtbringend angelegt habe, bezüglich der erwähnten 7000 Lire der Art betheilige, daß sie nach Belieben gegen acht Tage vorausgehende Aufkündigung darüber verfügen könne, den Beklagten seiner persönlichen Haftung entbunden habe und als einzigen Schuldner das Banquierhaus M erscheinen lasse. Allein abgesehen davon, daß das erwähnte Banquierhaus an jenem Briefe keinen Antheil hatte, daß er ihm auch nicht mitgetheilt wurde, so erscheint auch aus dem Texte dieses Briefes weder der Betrag, noch der Titel der Forderung, welche der Beklagte angeblich an jenes Banquierhaus zu stellen hatte, so daß seine Erklärung weder als Cession, noch als vollständige Anweisung im Sinne des §. 1392 und 1404 a. b. G. B. angesehen werden kann. Jedenfalls aber hat der Beklagte nicht bewiesen, daß die Klägerin ihn jemals durch die Annahme in dem einen oder anderen Sinne von seiner Eigenschaft und Verantwortlichkeit als Schuldner entbunden habe."

Nr. 62.

Veräußerung von Sachen, die zu einer mit einer fideicommissarischen Substitution behafteten Erbschaft gehören.

Entsch. v. 17. Jänner 1855, Nr. 11549 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Mailand v. 17. März 1854, Nr. 642 und des O. L. G. Mailand v. 15. Juli 1854, Nr. 6224). Gaz. d. Trib. 1857, S. 607 ff.

Dem B waren in dem Testament seiner Mutter, wodurch er zum Universalerben ernannt wurde, bezüglich der Hälfte des Nachlasses seine ihn überlebenden Söhne substituirt worden. Da es nun vorgekommen war, daß zur Verlassenschaft gehörige Realitäten theils verkauft, theils verpfändet wurden, stellte der Vertreter der Substitutionsinteressenten die Vindicationsklage wider alle Betheiligten an, und begehrte die Nichtigerklärung der Kauf- und Pfandverträge. Dieses Begehren ward von allen drei Instanzen zurückgewiesen.

Gründe der dritten Instanz: „Die Erblasserin hat bezüglich der einen Hälfte ihres Nachlasses eine fideicommissarische Substitution angeordnet, welche erst bei Erfüllung der Bedingung wirksam werden kann, nämlich dann, wenn den instituirten Erben B eheliche Söhne überleben. So lange B lebt, können die Nacherben weder auf den Besitz noch auf den Genuß, und noch viel weniger auf das Recht Anspruch machen, in was immer für einer Weise über das mit dem Substitutionsbande behaftete Vermögen zu verfügen, da nach §. 613 a. b. G. B., bis der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zusteht. Es können daher die substituirten Erben nur verlangen, daß ihnen die Erhaltung der Substanz jenes Theiles des Nachlasses, welcher mit dem Substitutionsbande behaftet ist, gesichert werde. Dritten Personen gegenüber können ihnen keinesfalls größere Rechte zustehen, als diejenigen, welche sie gegenüber dem eingesetzten Erben besitzen; ja sie können den ersteren gegenüber überhaupt keine Ansprüche geltend machen, so lange nicht der Fall ihrer Berechtigung zur Erwerbung der veräußerten Sachen eingetreten ist (§§. 545, 703, 819 a. b. G. B.). Was die vorliegende Rechtssache betrifft, so ist der im Testamente vorausgesetzte Fall der Substitution noch nicht eingetreten, und wenn gleich dem B aus seiner Ehe ein Sohn geboren wurde, so bleibt die Erfüllung der Bedingung noch immer zweifelhaft, da nicht gewiß ist, daß dieser Sohn seinen Vater, den instituirten Erben, überleben werde. Die vom Curator der geborenen und noch zu gewärtigenden Nachkommenschaft des B erhobenen Ansprüche behufs Vindication der verkauften und bezüglich mit Pränotationen belasteten Realitäten erscheinen also als unbegründet und umsomehr als unzulässig, als bei dem gegenwärtigen Stande der Dinge nicht einmal behauptet werden kann, daß das verkaufte Haus einen Theil der mit der fideicommissarischen Substitution

behafteten Hälfte des Besitzthums bildet. Somit enthalten die gleichförmigen Urtheile, wider welche die außerordentliche Revision des Klägers gerichtet ist, nicht nur keine offenbare Ungerechtigkeit, sondern sie stellen sich als vollkommen gerechtfertigt dar."

Nr. 63.

Auftrag an den Advocaten, einen deferirten Haupteid anzunehmen. Tod des Delaten vor Erstattung der betreffenden Satzschrift.

Entsch. v. 17. Jänner 1855, Nr. 14058 (Best. der Verordnung des L. G. Mantua v. 20. August 1854, Nr. 7671, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 12. Oct. 1854, Nr. 10533). Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 141 ff. Eco d. Trib. 1856, S. 18 ff. Gaz. d. Trib. 1855, S. 184 ff.

B ist auf Grund eines mündlichen Zahlungsversprechens, über dessen Existenz ihm der Haupteid aufgetragen wird, geklagt. Er wendet sich an seinen Advocaten, der mit einer Vollmacht ad lites bereits versehen ist, und beauftragt ihn, den deferirten Haupteid anzunehmen; diesen Auftrag wiederholt er in einer eigenhändig unterfertigten Speciesfacti, und stirbt bald nachher. Am Tag nach seinem Tode erstattet der Advocat die Einrede, in welcher der Haupteid angenommen wird; und auf diesen Haupteid wird sodann auch durch Urtheil erkannt. Der Erbe des B verlangt nun, daß der Eid für abgeschworen gehalten werde, ein Verlangen, welches die erste und dritte Instanz, abweichend von der zweiten Instanz, für gerechtfertigt erklären.

Gründe der zweiten Instanz: „Dazu, daß die Anerbietung zum Eid die Wirkung habe, daß derselbe im Sinne des §. 297 ital. G. O. (§. 233 a. G. O. und §. 307 wg. G. O., gleichlautend mit Hofd. v. 15. Juli 1784, Nr. 317, Wessely I. Nr. 767) für abgeschworen gehalten werde, ist erforderlich, daß die Partei, welche nach dem ergangenen Urtheile zu schwören haben würde, sich persönlich oder durch einen dazu eigens ermächtigten Vertreter vor Gericht dazu erboten habe. Da nun diese Erklärung von der Partei, die schwören soll, ausgehen, und gerichtlich abgegeben werden muß; so kann eine außergerichtliche Willenserklärung oder Willensäußerung dem Advocaten gegenüber diese Wirkung nicht haben, indem nach §. 297 ital. G. O. eben erforderlich ist, daß sie vor Gericht und der Gegenpartei gegenüber gemacht werde. Im vorliegenden Falle geht diese Erklärung nicht mehr von B persönlich, sondern von seinem in Folge des Todes des Clienten nicht mehr hiezu ermächtigten Advocaten aus; auch war sie, schon als sie abgegeben wurde, nicht mehr ausführbar, da Niemand für den Verstorbenen schwören konnte."

Die dritte Instanz ging von der Erwägung aus, „daß die Klage die Formel des fraglichen Eides enthält, daß der Advocat auf Grund der ihm ertheilten Speciesfacti erklärte, den Eid, so wie er aufgetragen wurde, annehmen zu wollen; daß diese Erklärung einer von der Partei selbst abgegebenen gleichkomme, da diese in gesetzlicher Form durch ihren Bevollmächtigten vertreten war, und daß der Zufall, daß B vor Erstattung der Einrede gestorben ist, seinen Erben nicht zum Nachtheil gereichen könne .... Auch sei §. 297 ital. G. O. mit Hilfe des Hofdecrets v. 5. März 1795, Nr. 222 J. G. S. (Wessely I., Nr. 769) auszulegen, wornach der fragliche Eid für abgeschworen zu halten ist".

Nr. 64.

Nichtberücksichtigung der Kosten einer vorausgegangenen executiven Sequestration einer Realität bei der Vertheilung des aus der executiven Feilbietung dieser Realität erzielten Kaufschillings.

Entsch. v. 18. Jänner 1855, Nr. 266 (Best. des das Urtheil des L. G. Bergamo v. 26. Mai 1854, Nr. 4143 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 16. August 1854, Nr. 8192). Gaz. d. Trib. 1856, S. 137 ff.

Bei der Vertheilung des Kaufschillings für eine im Executionswege versteigerte Realität wurden die Kosten einer vorher von demselben Gläubiger erwirkten executiven Sequestration, nämlich der Ersatz der Auslagen und die Belohnung des Sequesters, vor alle Gläubiger gesetzt. Ein dadurch verkürzter Gläubiger klagte nun gegen den Sequester, indem er verlangte, daß die Forderung des letzteren bei der Kaufschillingsvertheilung unberücksichtigt bleibe. Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück; die beiden höheren gaben ihm statt; und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Es war über die Vertheilung des durch den Verkauf der Realität erzielten Kaufschillings zu entscheiden; damit hatten die Früchte und Renten der Realität nichts zu thun, über welche der Geklagte Rechnung zu legen hatte, und auf welche sich die von ihm geführte Verwaltung, und die Forderung, die er daraus ableitet, beziehen. Sein Verlangen war daher eben so ungehörig, als die Berücksichtigung desselben im Kaufschillings-Vertheilungsprotokoll."

Nr. 65.

Recht der Mehrheit der Cridagläubiger, von der Realisirung einer Cridaforderung Umgang zu nehmen.

Entsch. v. 24. Jänner 1855, Nr. 302 (Best. der gleichlautenden Bescheide des H. G. Wien v. 14. Oct. 1854, Nr. 32098 und des O. L. G. Wien v. 14. Nov. 1854, Nr. 2584). G. Z. 1855, Nr. 54.

Nr. 66.

Collision von Erbserklärungen.

Entsch. v. 24. Jänner 1855, Nr. 311 (Abänd. der gleichförmigen Entscheidungen des Kr. G. Kronstadt v. 20. Sept. 1854, Nr. 1710 und des O. L. G. Hermannstadt v. 27. Oct. 1854, Nr. 7976). Zeitschr. für Gesetzkunde, Jahrg. II., Nr. 27.

Auf Grund eines Testaments, welches ein unter Curatel gesetzter Erblasser errichtet hatte, erklärten sich die darin Berufenen zu Erben, während gleichzeitig die gesetzlichen Erben, welche die Ungiltigkeit jenes Testaments behaupteten, sich erbserklärten. Die beiden unteren Instanzen wiesen die gesetzlichen Erben an, als Kläger gegen die Testamentserben aufzutreten. Der oberste Gerichtshof hob auf den außerordentlichen Recurs der gesetzlichen Erben die untergerichtlichen Entscheidungen auf und wies die testamentarischen Erben an, gegen die gesetzlichen Erben im Rechtswege aufzutreten, „weil nach Vorschrift des §. 124 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen v. 9. Aug. 1854 eine in der gehörigen Form errichtete und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittene Willenserklärung von Seite der testamentarischen Erben vorzuweisen nothwendig ist, wenn dieselben gegen die gesetzlichen Erben nicht als Kläger aufzutreten gehalten sein sollen. Die Willenserklärung des unter Curatel gestandenen Erblassers könne nach §. 567 des a. b. B. G. in Hinsicht ihrer Echtheit für eine unbestrittene nicht angenommen werden, folglich seien die recurrirten Entscheidungen ...... dem Gesetz nicht entsprechend“.

Nr. 67.

Bestellung von Heiratsgut und Widerlage bei gleichzeitiger Bedingung der Gütergemeinschaft.

Entsch. v. 30. Jänner 1855, Nr. 131 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 13. Juni 1854, Nr. 15189, theilweise Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 13. Sept. 1854, Nr. 10). G. Z. 1855, Nr. 55.

Die Ehegatten Josef und Anna S. schlossen am 2. April 1818 mit einander einen Vertrag, in dessen zweitem Paragraph bestätigt wird, daß die Gattin ihrem Gatten ein Heirathsgut von 8000 fl. aus ihrem Vermögen zugebracht habe und daß diesem auch wirklich die 8000 fl. baar zugezählt worden seien. Im §. 3 werden von dem Gatten seine Metallwaarenfabrik, sein Kupferhammer und seine Walzwerke nebst Gebäuden und Grundstücken u. s. w., im Gesammtwerthe von 70.000 fl., in der Art als Widerlage bestellt, daß alle diese Sachen sogleich zwischen beiden Theilen zum völlig gemeinschaftlichen Gute werden sollen, wobei erklärt wird, daß Heirathsgut und Widerlage auf Ueberleben verstanden sind. Im §. 4 endlich ist festgesetzt, daß dasjenige, was beide Theile sowohl bei dem Beginn ihrer Ehe schon besitzen, als auch während ihrer Ehe künftig erben, erwerben oder sonst auf was immer für eine rechtmäßige Art an sich bringen, ein gemeinschaftliches Gut sein soll. Diese Vertragspunkte wurden auf Ansuchen der Ehegattin Anna S. auf den Realitäten ihres Mannes pränotirt. Dieser ging am 1. November 1850 mit Tode ab und seine Gattin ward Universalerbin seines Vermögens. Schon vor seinem Tode waren die gedachten Realitäten im Executionswege verkauft, und von dem dafür gelösten Kaufschilling war ein Restbetrag von 13.000 fl. in Obligationen fruchtbringend angelegt worden. Anna S. begehrte nun die Erfolglassung dieser Obligationen zur Begleichung des Heirathsgutes per 8000 fl. und der Widerlage pr. 35.000 fl. C. M., eine Forderung, welcher sich die ihr nachstehenden Gläubiger widersetzten. Bezüglich des Heirathsgutes ward in erster Instanz dem Begehren stattgegeben, in zweiter Instanz wurde das Klagebegehren abgewiesen, in dritter Instanz auf die ordentliche und außerordentliche Revisionsbeschwerde der Klägerin das Urtheil erster Instanz bestätigt.

Gründe der ersten Instanz: „Nach §. 914 a. b. G. B. muß ein zweifelhafter Vertrag so ausgelegt werden, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei. Nun enthält der §. 2 des Vertrags vom 2. April 1818 die Thatsache, daß die Gattin dem Gatten aus ihrem eigenthümlichen Vermögen die Summe von 8000 fl. verheirathet, und der Gatte bestätigt unter Einem die richtige Zuzählung im Baaren. Diese Bestätigung würde selbst, wenn über das Vermögen des Josef S. nachträglich der Concurs eröffnet worden wäre, gegen Jedermann Beweis machen (§. 1226 a. b. G. B.). Es ist aber Josef S. eben nach §. 1227 a. b. G. B. in Beziehung des im baaren Gelde zugezählten

Heirathsgutes vollständiger Eigenthümer desselben geworden. Hierdurch ist aber auch dieses Heirathsgut von der im §. 4 der Ehepacten bedungenen allgemeinen Gütergemeinschaft von selbst ausgeschlossen, weil die Rechtsfolgen des zugezählten Heirathsgutes von jenen der Gütergemeinschaft unter Ehegatten gesetzlich sich wesentlich unterscheiden (§§. 1227 und 1234 a. b. G. B.). Es besteht somit die in den Ehepacten erwähnte allgemeine Gütergemeinschaft nur neben der Stipulation des §. 2 zu Recht. Wollten die Contrahenten das Heirathsgut pr. 8000 fl. in der allgemeinen Gütergemeinschaft mitbegriffen haben, so hätten sie diese Modification ihres Ehevertrages entweder im §. 2 oder 4 daselbst ausdrücklich erwähnen müssen."

Gründe der zweiten Instanz: „Aus dem Zusammenhange dieser Vertrags-Bestimmungen ergibt sich die rechtliche Folge, daß durch die neben der Stipulation eines Heirathsgutes und einer Widerlage bedungene allgemeine Gütergemeinschaft in Ansehung des Heirathsgutes jene Rechtswirkung, welche nach §. 1229 des a. b. G. B. in der Regel, insoferne die Parteien nichts Abweichendes festsetzen, für den Fall des Ueberlebens der Ehegatten mit dem Heirathsgute verbunden ist, als aufgehoben angesehen werden muß, es wäre denn, was jedoch vorliegend nicht der Fall ist, daß die Parteien selbst ausdrücklich in Ansehung des Heirathsgutes eine vorläufige Ausscheidung desselben aus dem der allgemeinen Gütergemeinschaft unterzogenen Vermögen beider Ehegatten noch vor der Theilung dieses Vermögens bedungen hätten. Es ist durch kein Gesetz der Parteien verwehrt, bezüglich des Heirathsgutes für den Fall des Ueberlebens der Gattin eine von der Vorschrift des §. 1229 a. b. G. B. abweichende Anordnung zu treffen, was eben dadurch geschieht, wenn in einem Vertrage neben Heirathsgut und Widerlage eine allgemeine Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten bedungen wird, weil durch die Rechtsfolgen der Gütergemeinschaft die in den §§. 1229 und 1230 a. b. G. B. angeordneten Rechtswirkungen der Bestellung von Heirathsgut und Widerlage von selbst entfallen. Es liegt überdies in der abweichenden Behandlung des Heirathsgutes und der Widerlage auf Grund des vorliegenden Vertrages eine auffallende und in dem Inhalte dieses Vertrages keineswegs begründete Inconsequenz."

Gründe der dritten Instanz: „Nach Vorschrift des §. 914 des a. b. G. B. muß dem Vertrage vom 2. April 1818 eine von Widersprüchen freie Auslegung gegeben werden, die sich nur in der Art ergibt, daß Klägerin aus dem Titel der Zuzählung des auf Ueberleben bedungenen Heirathsgutes berechtigt ist, beim Tode des Mannes das ganze zugebrachte Heirathsgut zu fordern, und daß sonach das Heirathsgut von der im §. 4 stipulirten Gütergemeinschaft ausgenommen wurde. Es muß demnach auf das ordentliche Revisionsbegehren der Klägerin in Betreff des angesprochenen Heirathsgutes pr. 8000 fl. das erstrichterliche Urtheil mit Aufhebung der Gerichtskosten aller drei Instanzen nach §. 400 der a. G. O. bestätigt werden. Der außerordentlichen Revisionsbeschwerde der Klägerin

gegen die gleichlautenden Entscheidungen beider Unterbehörden in Betreff der angesprochenen Widerlage pr. 35.000 fl. wird aber nicht stattgegeben, weil — wie das Wiener Landesgericht richtig bemerkt — die fragliche Widerlage von beiden Contrahenten des Ehevertrages als gemeinschaftliches Gut stipulirt worden ist, somit die Geklagten bei der stipulirten allgemeinen Gütergemeinschaft als unbestritten anerkannte Gläubiger beider Ehegatten nach §. 1235 des a. b. G. B. wirkliche Rechtsansprüche auf die Widerlage haben."

Nr. 68.

Differenz- und Prämiengeschäft, oder Kauf? — Rechtliche Natur des Differenzgeschäftes.

Entsch. v. 6. Februar 1855, Nr. 9105 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien v. 13. März 1854, Nr. 5327 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 14. Juni 1854, Nr. 3252). G. Z. 1855, Nr. 63, 64.

Am 17. September 1852 brachte A, Handelsmann in Wien, gegen B, Oellieferanten daselbst, eine Klage ein, welche er auf die Thatsache stützte, daß er unter Vermittlung des beeideten Börsensensalen X mit dem Beklagten einen Vertrag geschlossen habe, zufolge dessen Letzterer gegen eine von ihm (Kläger) bezahlte Prämie sich verpflichtete, am 25. Mai 1852 zwanzig Stück Actien der k. k. a. p. Kaiser Ferdinands-Nordbahn sammt Coupons zu dem Course von 155 nach des Klägers Wahl entweder vom Kläger zu übernehmen oder an ihn zu liefern, wobei für den Fall, daß ein Theil den Vertrag gar nicht oder nicht zur gehörigen Zeit an dem gehörigen Orte oder auf die bedungene Weise erfüllen sollte, dem anderen Theile die Auflösung des Vertrages und das Recht auf Schadenersatz vorbehalten wurde. Zum Erweise dieses Vertragsabschlusses legte Kläger einen Schlußzettel vom 20. April 1852 bei. Dieser enthält die Bedingung, daß am 25. Mai 1852 von Seite des Klägers die Erklärung über die von ihm getroffene Wahl um 12 Uhr an der k. k. öffentlichen Börse abgegeben werden müsse. — So viel ist unbestritten, jedoch sind Geklagter und Kläger über einige Nebenpunkte im Streit, worüber beiderseits Zeugenbeweise angeboten werden. Die erste Instanz ließ diese zu, die zweite und dritte Instanz wiesen jedoch das auf jenes Geschäft gestützte Klagebegehren sofort ab.

Gründe der zweiten Instanz: „Der in Frage stehende Vertrag ist kein Kaufvertrag, denn es fehlt ihm ein wesentliches Erforderniß des Kaufvertrages, insbesondere auch des Hoffnungskaufes (§. 1275 a. b. G. B.), nämlich eine bestimmte Verabredung darüber, wem und von wem eine Sache überlassen werden, und wer dagegen eine bestimmte Summe Geldes leisten solle (§. 1053 a. b. G. B.), d. h. wer Käufer und

wer Verkäufer ist. Ueber diesen zum Zustandekommen eines Kaufvertrages wesentlichen Umstand war beim Abschlusse des Geschäftes eine Willenseinigung nicht erfolgt, sondern er sollte erst zur Zeit der Erfüllung des Vertrages, und zwar nur durch die Wahl des Klägers, also gleichfalls nicht durch Willenseinigung, bestimmt werden. Es liegt daher eine bestimmte Willenseinigung darüber nicht vor, welcher der vertragschließenden Theile einen Preis und welcher eine Sache versprochen habe, zu welcher Leistung also jeder verpflichtet war; wer daher in Ansehung des Hauptgegenstandes des Vertrages, nämlich der Uebergabe der Actien, Berechtigter und wer Verpflichteter sein sollte. Es kann wohl verschiedene Modalitäten geben, einer Verpflichtung zu entsprechen oder ein Recht auszuüben, auch kann eine Wahl unter diesen Modalitäten dem einen oder andern der vertragschließenden Theile allerdings freigestellt werden; allein die Bestimmung darüber, wer aus einem Vertrage berechtigt sei, die Leistung des Hauptgegenstandes zu fordern und wer dagegen zu dieser Leistung verpflichtet sein solle, bildet ja das Wesen eines jeden Vertrages, und es kann daher nichts als eine bloße Modalität der Vertragserfüllung angesehen und der Wahl überlassen werden, ob man aus demselben verpflichtet sei, den eigentlichen Vertragsgegenstand zu leisten, oder berechtigt sei, denselben zu fordern. Im gegenwärtigen Falle ist aber nicht ein Austausch von Werthen, sondern eine gewisse Zahl von Actien als der Gegenstand der Verabredung ausdrücklich bezeichnet. Es müßte daher, wenn ein Kaufvertrag über Actien anzunehmen sein sollte, auch von vorneherein unzweifelhaft bestimmt worden sein, wer Actien zu fordern berechtigt und wer Actien zu liefern verpflichtet sei. Faßt man das Geschäft, so wie es vom Kläger selbst angegeben ist, nach seiner Beschaffenheit näher in's Auge, so zeigt sich zunächst, daß bei dessen Abschluß eine bestimmte und ernstliche Erklärung weder von Seite des Klägers, noch von Seite des Geklagten darüber erfolgt ist, daß einer von ihnen und welcher 20 Nordbahn-Actien erwerben oder aber sich derselben entäußern wollte, sondern daß erst später, und nur von dem Kläger allein bestimmt werden sollte, wer Actien erhalten und übergeben sollte, daß also damals keiner aus ihnen die ernstliche Absicht hatte, solche Actien wirklich zu erwerben oder aber sie aus seinem Besitze zu bringen, sondern daß es vielmehr jedem der beiden Theile ganz gleichgiltig war, ob er Actien übergeben oder übernehmen sollte. Daher war die Absicht beider Theile offenbar nicht auf die wirkliche Uebertragung der Actien, sondern vielmehr nur darauf gerichtet, ihren Gewinn oder Verlust aus dem Geschäfte in jenem Unterschiede zu finden, der am 25. Mai 1852 zwischen dem wirklich bestehenden Course der Nordbahn-Actien und dem auf 155 angenommenen Course derselben bestehen würde, und es bestand daher der eigentliche Gegenstand des Vertrages nicht in einer gewissen Zahl von Actien, sondern nur in dem aus einer Coursdifferenz resultirenden Gewinne oder Verluste. In dieser wesentlich nicht auf den Besitz der Actien, sondern auf Erlangung eines noch ungewissen Vortheiles gerichteten Absicht beider

Theile liegt aber das charakteristische Merkmal eines Glücksvertrages (§. 1267 a. b. G. B.). Das vorliegende Geschäft war insbesondere eine Wette (§. 1270 a. b. G. B.). Beiden Theilen war bei dem Abschlusse unbekannt, wie hoch der Börsencours der Nordbahn-Actien am 25. Mai 1852 stehen werde. Der Preis der Wette war bestimmt, denn der vom Kläger zu leistende Preis war schon früher dadurch entrichtet worden, daß Kläger dem Geklagten eine Prämie gezahlt und Geklagter sich nach diesem empfangenen bestimmten Preis zum Abschlusse der Wette, als eines entgeltlichen Glücksvertrages, herbeigelassen hat. Aber auch der vom Geklagten zu leistende Preis war bestimmt; denn wenn er auch nicht gerade schon im Voraus mit einer bestimmten Ziffer ausgedrückt wurde, so war er doch nach seinen Endpunkten, nämlich nach dem festgesetzten Cours von 155 und nach dem am 25. Mai 1852 wirklich bestandenen Course der Nordbahn-Actien völlig bestimmt. Es war daher die Ausmittlung seiner Ziffer nur mehr als eine einfache arithmetische Operation anzusehen, zu der alle nöthigen Factoren im Voraus bestimmt gegeben waren, deren Resultat daher ebenfalls nicht unbestimmt, sondern immer nur ein und dasselbe sein konnte, und welches nur noch der Ziffer nach verschieden ausfallen konnte. Hieran ändert der Umstand nichts, daß nicht alle an einem und demselben Tage vorkommenden Geschäfte über Nordbahn-Actien genau zu dem nämlichen Course geschlossen werden, weil der Cours der Actien seiner Natur nach nichts Anderes, als ihr Marktpreis ist, daher bei diesen arithmetischen Operationen nach §. 1058 a. b. G. B. ihr mittlerer Marktpreis den einen der gegebenen Factoren unzweifelhaft bildet. Beim Abschlusse des Vertrages hat zwar kein Theil über den Cours der Nordbahn-Actien am 25. Mai 1852 eine Behauptung mit ausdrücklicher Anführung einer Ziffer dieses Courses mit Worten ausgesprochen. Allein der Inhalt der getroffenen Verabredung, daß dem Kläger die freie Wahl zustehen sollte, ob er an dem bestimmten Tage Actien zu 155 geben oder nehmen wollte, beruht auf einer Handlung (§. 863 a. b. G. B.), welcher unzweifelhaft die Behauptung von Seite des Klägers zu Grunde liegt, daß der am 25. Mai 1852 bestehende Unterschied zwischen dem wirklichen Courswerthe von 20 Stück Nordbahn-Actien und deren Werth zum Course von 155, also der vom Geklagten zu gebende Preis, größer sein werde, als der von ihm selbst als Prämie gegebene Preis, während dagegen eben in diesem Geschäftsabschlusse die Behauptung des Gegentheiles von Seite des Geklagten vorliegt. Denn offenbar nur beim Bestande solcher Behauptung konnte mit einer auf Gewinn gerichteten Absicht eine Handlung unternommen werden, deren Folgen für Gewinn oder Verlust lediglich von der noch beiden Theilen unbekannt gewesenen Höhe der obigen Coursdifferenz abhingen. Daß dies wirklich der Fall war, erhellt insbesondere auch noch daraus, daß die Absicht bei dem ganzen Geschäfte, wie schon oben gesagt, nur auf den Gewinn oder Verlust aus einer Coursdifferenz gerichtet war, und daß Kläger selbst angibt, wie es am 25. Mai 1852 je nach dem wirklichen Stande des Courses

unmöglich hätte zweifelhaft sein können, ob er das Geben oder Uebernehmen der Actien für sich wählen werde. Kläger hat nämlich bei dieser einem Spiele ähnlichen Wette dem Geklagten eine Prämie, d. i. einen bestimmten Preis gegeben und hoffte nicht nur den Ersatz für diesen Preis, sondern außerdem noch einen Gewinn dadurch zu erzielen, daß die Differenz zwischen dem am 25. Mai 1852 wirklich bestehenden Course der 20 Stück Nordbahn-Actien und dem Course derselben zu 155 mehr als die von ihm gegebene Prämie betragen, und er daher die bei dem Abschlusse des Geschäftes gehabte Absicht auf einen Gewinn dadurch erreichen werde, daß er entweder 20 Stück Actien à 155 übernehmen und gleichzeitig zu höheren Preisen an Mann bringen, oder aber 20 Actien zu minderen Preisen an sich bringen und gleichzeitig dem Geklagten à 155 übergeben, oder vielmehr die für den einen oder den anderen Fall sich ergebende Coursdifferenz als das eigentliche Object des Vertrages berechnen, und das Resultat dieser Berechnung von dem Geklagten eincassiren könne. Geklagter hat dagegen mit dem Abschlusse dieses Geschäftes die Behauptung aufgestellt, daß der Betrag der am 25. Mai 1852 in obiger Art ausgemittelten Coursdifferenz geringer als die von ihm bezogene Prämie sein, und er eben durch diesen geringeren Betrag der Coursdifferenz einen Gewinn bei dem Geschäfte haben, also die dem Vertragsabschlusse zu Grunde liegende Absicht seinerseits erreichen werde. Da nun der Geklagte den seinerseits eingesetzten Preis, nämlich die ofterwähnte Coursdifferenz blos versprochen, aber nicht wirklich entrichtet oder hinterlegt hat, kann Kläger diesen Preis nach §. 1271 a. b. G. B. nicht gerichtlich fordern."

Gründe der dritten Instanz: „Der Kläger behauptet und will es durch den Börseschlußzettel und durch den Zeugenbeweis mit seinem Erfüllungseide darthun, daß der Beklagte gegen eine ihm geleistete Prämienzahlung mit dem Kläger am 20. April 1852 einen Vertrag dahin geschlossen habe, daß dem Kläger die Wahl zustehen soll, am 25. Mai 1852 zwanzig Stück Nordbahn-Actien zum Course von 155 entweder vom Beklagten zu übernehmen oder an den Beklagten zu liefern. Schon die in diesem Vertrage liegende Unbestimmtheit darüber, ob Kläger und Beklagter am 25. Mai 1852 Nordbahn-Actien zum erwähnten Course liefern oder beziehen, und welcher Theil dieselben liefern und welcher sie beziehen soll, deutet klar darauf hin, daß es keinem Theile darum zu thun war, am 25. Mai 1852 die Actien wirklich zu nehmen oder zu liefern, sondern daß die Absicht beider Contrahenten nur dahin gegangen sei, aus der Differenz des Courses der Nordbahn-Actien von 155 und dem erwarteten Course derselben vom 25. Mai 1852 mit Rücksicht auf die bezahlte und beziehungsweise empfangene Prämie einen Gewinn zu ziehen. Daß die Absicht der Contrahenten nicht auf das wirkliche Nehmen oder Geben der Actien selbst gerichtet gewesen sei, geht ferner nicht minder klar aus der im Börseschlußzettel weiters enthaltenen Vertragsbestimmung hervor, wornach für den Fall, als ein Theil den

Vertrag nicht gehörig erfüllen sollte, dem andern Theile die Auflösung des Vertrages und das Recht auf Schadenersatz vorbehalten wurde; denn diese Bestimmung weicht wesentlich von jener des §. 919 des a. b. G. B. ab, nach welcher, wenn ein Theil den Vertrag nicht gehörig erfüllt, der andere Theil außer einem ausdrücklichen Vorbehalte oder außer den im Gesetze bestimmten Fällen, die Aufhebung des Vertrages nicht fordern kann, sondern nur berechtigt ist, die genaue Erfüllung desselben und den Ersatz zu begehren; sie gibt zu erkennen, daß die Contrahenten beim Geschäftsabschlusse den wirklichen Erwerb und die wirkliche Lieferung der Actien selbst nicht im Auge hatten, weil sie sonst für den Fall der Contractsbrüchigkeit des einen Theiles dem andern Theile nicht blos das Recht zur Auflösung des Vertrages und zum Schadenersatze vorbehalten, sondern des Rechts auf die Erfüllung des Vertrages, auf die Uebernahme oder Lieferung der Actien zu dringen, erwähnt haben würden."

„Wenn nun die Absicht der Contrahenten, wie gezeigt, nicht auf das wirkliche Nehmen und Geben der 20 Nordbahn-Actien, sondern nur auf den aus der oberwähnten Coursdifferenz für den einen oder andern Theil resultirenden Gewinn gerichtet war, so war auch nur dieser der eigentliche Gegenstand des Vertrages und letzterer muß daher nach §. 916 des a. b. G. B. aus diesem Gesichtspunkte beurtheilt werden. In diesem Gesichtspunkte aber erscheint der Vertrag offenbar als ein Glücksvertrag, und zwar nach §. 1270 a. b. G. B. als eine Wette, da er sämmtliche wesentliche Merkmale einer solchen an sich bat. Denn der Cours der Nordbahn-Actien vom 25. Mai 1852, von welchem der beabsichtigte Gewinn der Contrahenten abhing, war zur Zeit des Vertragsabschlusses, nämlich am 20. April 1852, ein beiden Theilen unbekanntes Ereigniß; der Preis der Wette war einestheils durch die vom Kläger dem Beklagten bezahlte Prämie und anderntheils durch die Differenz zwischen dem Course der Nordbahn-Actien am 25. Mai 1852 und dem pactirten Course von 155, welche Differenz der Beklagte dem Kläger vergüten sollte, festgestellt, und wenn jene Differenz auch nicht schon beim Vertragsabschlusse ziffermäßig ausgedrückt wurde, so muß sie dennoch als eine bestimmte Größe angesehen werden, da das Princip der Berechnung festgesetzt ist und ihre Ziffer nach dem Principe ganz unfehlbar ausgemittelt werden konnte; endlich liegt dem Vertrage, wenn solcher nach der Absicht der Contrahenten und nach seiner wahren Beschaffenheit (§. 916 a. b. G. B.) beurtheilt wird, von Seite des Klägers die Behauptung, daß die ihm vom Beklagten zu vergütende Coursdifferenz mehr als die dem Letztern gegebene Prämie betragen werde, so wie von Seite des Geklagten die Behauptung zu Grunde, daß die Differenz den Betrag der erhaltenen Prämie nicht erreichen werde. Wenn der Kläger dagegen einwendet, daß beim Vertrage auf den Cours vom 25. Mai 1852 gar keine Rücksicht genommen, ein Gewinn aus der Coursdifferenz nicht beabsichtigt, eine Behauptung über den Stand des Courses von keiner Seite ausgesprochen worden sei, so wird bemerkt, daß er den Vertrag als ein reelles und auf-

rechtes Kauf- und Verkaufsgeschäft über 20 Nordbahn-Actien ansieht, als welches der Vertrag aber seiner wahren Beschaffenheit nach, wie dargestellt, nicht angesehen werden kann. Wenn er ferner behauptet, daß die Prämie nicht als Preis der Wette gelten könne, da sie vom Beklagten in keinem Falle zurückzustellen war, dann daß der Preis, der dem Kläger zufallen sollte, keinesfalls als eine bestimmte Größe erscheine, weil er von einem künftigen Ereignisse abhing, so kömmt dagegen zu erinnern, daß zwar allerdings die Prämie als solche nicht zurückzustellen war, daß jedoch ein Gewinn derselben auf Seite des Beklagten stets vom Stande des Courses am 25. Mai 1852 abhängig blieb, weil er eben gegen die bezogene Prämie dem Kläger die ofterwähnte Coursdifferenz zu vergüten hatte, der Gewinn an der Prämie sich daher in dem Maße vermindern mußte, als die dem Kläger zu vergütende Coursdifferenz sich höher stellte. Was aber den für den Kläger pactirten Preis der Wette betrifft, so wurde bereits oben gezeigt, daß derselbe ungeachtet seiner Abhängigkeit von einem künftigen Course dennoch als ein bestimmter anzusehen sei. Aus diesen und den vom Oberlandesgerichte noch weiters entwickelten Gründen ist sonach der vorliegende Vertrag, selbst wie er vom Kläger als abgeschlossen behauptet wird und rücksichtlich bewiesen werden will, nichts anderes als eine Wette, welche jedoch nach §. 1271 a. b. G. B., da der vom Beklagten zu entrichtende Preis weder bezahlt, noch hinterlegt worden war, kein Klagerecht gibt. Daher mußte das obergerichtliche Urtheil bestätigt werden."

Nr. 69.

Stellung des Civilrichters gegenüber einem strafgerichtlichen Schuldlosigkeitsurtheil.

Entsch. v. 8. Februar 1855, Nr. 14502 (Best. der das Urtheil der Prätur Lorco v. 15. Mai 1854, Nr. 1443 aufhebenden Verordnung des O. L. G. Venedig v. 31. August 1854, Nr. 12236). G. Z. 1855, Nr. 57. Eco dei Tribunali 1855, S. 93 ff. Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 135. Gaz. d. Trib. 1855, S. 238.

Der auf Leistung von Schadenersatz geklagte B. war früher vom Strafrichter für schuldlos erklärt worden; dennoch wurde er auf Grund neuer vor dem Civilrichter vorgebrachter Thatsachen von der ersten Instanz verurtheilt. Diese Entscheidung wurde in zweiter Instanz aufgehoben und die Uebermittlung der Acten an den Strafrichter anbefohlen. Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Anordnung, „in der Erwägung, daß es weder erwiesen, noch wahrscheinlich ist, daß die Prätur bei Fällung des Schuldlosigkeitsurtheiles jene Thatsachen vor Augen gehabt habe, welche den Gegenstand der vorliegenden civilrechtlichen Verhandlung

bilden; in der Erwägung ferner, daß die gegenwärtig vorliegenden Resultate des Civilverfahrens eine Aenderung in dem Erkenntnisse des Strafrichters herbeiführen könnte, und daß dieses neue strafrichterliche Erkenntniß sohin auch einen wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung der Civilstreitsache üben würde."

Nr. 70.

Nothwendigkeit eines ausdrücklichen Ansuchens um Einleitung des Executivverfahrens auf Grund einer vollen Glauben verdienenden Urkunde.

Entsch. v. 8. Februar 1855, Nr. 1025 (Abänd. des Bescheides des O. L. G. Venedig v. 16. Nov. 1854, Nr. 18023). Eco d. Trib. 1855, S. 159.

Eine Partei beschwerte sich darüber, daß die Stadtprätur Venedig auf eine von ihr angebrachte Klage das *schriftliche* Verfahren eingeleitet habe, während das Verfahren bei allen Präturen regelmäßig das mündliche sei, eine Regel, welche die *erste* Instanz als durch die neue Jurisdictionsnorm aufgehoben angesehen hatte. Das Oberlandesgericht ordnete, in Erwägung des Umstandes, daß die Klage sich auf eine vollen Glauben verdienende Urkunde stütze, die Einleitung des Executivverfahrens nach der a. h. Entschließung vom 29. December 1838 (Hofdecr. v. 7. Mai 1839, Nr. 358, Wessely I, Nr. 1202) an.

Der oberste Gerichtshof hat „in der Erwägung, daß zwar die Prätur das mündliche Verfahren hätte einleiten sollen, daß jedoch nach dem klaren Wortlaut des zweiten Absatzes der a. h. Entschließung vom 29. Dec. 1838 das O. L. G. nicht das Recht hatte, von Amtswegen die Einleitung des Executivprocesses anzuordnen, da dieses dem Beklagten viel ungünstiger ist und der Kläger darum nicht gebeten hat", die Einleitung des *ordentlichen mündlichen* Verfahrens anbefohlen.

Nr. 71.

Leichenkosten gegen die Erben statt gegen den Besteller eingeklagt.

Entsch. vom 13. Februar 1855, Nr. 373 (Best. des das Urtheil der Prätur Bergamo vom 1. Sept. 1854, Nr. 15059 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 3. Nov. 1854, Nr. 10653). Gaz. d. Trib. 1855, S. 517 ff.

Beim Tode seiner Gattin bestellte M bei dem Wachsfabrikanten A die zum Leichenbegängniß erforderlichen Kerzen. Die Erbschaft fiel indeß

nicht dem Witwer, sondern dessen Schwiegereltern B zu, und gegen diese klagte A den Betrag seiner Rechnung ein. Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück, indem sie davon ausging: es sei in dem Brief, worin M die Kerzen bestellte, nirgends gesagt, daß dies für Rechnung der Verlassenschaft geschehe; M sei auch zu einer solchen Bestellung nicht berechtigt gewesen, da seine gesetzliche Vollmacht mit dem Tode seiner Gattin erlosch, und §. 549 a. b. G. B., welcher im Hauptstück vom Erbrecht sich finde, dritten Personen kein Recht gebe, unaufgefordert sich in Familienangelegenheiten zu mischen.

Die beiden höheren Instanzen gaben dem Klagebegehren statt und zwar der oberste Gerichtshof unter ausdrücklicher Berufung auf die Entscheidungsgründe der zweiten Instanz. In diesen heißt es: „Bei diesem Sachverhalt war allerdings der Kläger berechtigt, von den Geklagten die Zahlung zu fordern, und können die Letzteren gegen seine Klage sich nicht durch den vorgebrachten Grund schützen, daß sie nicht die Bestellung gemacht haben. Die Geklagten widersprechen nämlich, indem sie diese Einwendung erheben, keineswegs, daß die Kerzen nur in jener Quantität vom Kläger geliefert wurden, welche zu einem dem Stande ihrer verstorbenen Tochter angemessenen Leichenbegängnisse erforderlich war. Auch haben sie nicht behaupten können, daß der Kläger für die erfolgte Lieferung bereits bezahlt sei, oder von dem ebenfalls nun verstorbenen Gatten der Tochter seine Befriedigung erlangen könne. Es trifft also hier gerade die Voraussetzung des §. 1042 a. b. G. B. zu, durch welche die Anstellung der Klage wider die Ehegatten B gerechtfertigt wird, da der Kläger zur Bestreitung einer Ausgabe beigetragen hat, welche jenen als Erben im Sinne des §. 549 a. b. G. B. oblag. Die briefliche Bestellung erfolgte an demselben Tage, an welchem das Leichenbegängniß der verstorbenen M stattfand. Es ist in derselben nirgends ... erklärt, daß der Schreiber des Briefes M persönlich eine Verpflichtung übernehmen wolle, er enthielt nur die Bitte um die Lieferung zu dem fraglichen Zwecke.... M, welcher diesen Brief schrieb, vertrat zu jener Zeit die Stelle seiner verstorbenen Gattin, wie sich aus der bezüglichen Todesfallsaufnahme ergibt, bei welcher ihm ihr Nachlaß in Verwahrung gegeben wurde; indem er die Vorbereitungen für das Leichenbegängniß traf, traf er Anordnungen und Vorbereitungen im Interesse der Erbschaft, handelte also als Geschäftsträger der Verstorbenen und da dasjenige, was er auf diese Weise vorgenommen, die Grenzen einer ordentlichen Verwaltung nicht überschreitet, so folgt auch hieraus, daß er die Verlassenschaft und nicht sich selbst obligirte."

Nr. 72.

Schenkung auf den Todesfall oder Legat?

Entsch. v. 13. Februar 1855, Nr. 700 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 4. Juli 1854, Nr. 11961 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 27. Oct. 1854, Nr. 10548). Gaz. dei Trib. 1855, S. 224, 225. Giornale di Giurispr. pr. 1855, S. 185 ff.

Am 10. November 1840 fertigte M eigenhändig eine Urkunde aus, in welcher er dem A „aus dem Titel des Legates, nach meinem Tode zu bezahlen", eine gewisse Geldsumme zuwies, welche Zuweisung er in den Schlußworten für unwiderruflich erklärte. Am 28. Juli 1841 ließ A das Datum dieser Urkunde amtlich constatiren, und am 1. August 1844 gab er sie einem Notar in Verwahrung. Am 8. März 1843 widerrief M schriftlich diese Urkunde und am 14. Februar 1846 bestätigte er diesen Widerruf. Der Klage des A wider die Verlassenschaft des M auf Zahlung dieses Betrages ward in erster Instanz stattgegeben, in zweiter und dritter ward derselbe mit seinem Begehren abgewiesen.

Gründe der dritten Instanz: „Nach §. 956 a. b. G. B. ist die Schenkung auf den Todesfall nur dann als Vertrag anzusehen, wenn die bezügliche Urkunde, welche dem Beschenkten übergeben worden ist, außer dem ausdrücklichen Verzicht des Schenkers auf die Befugniß sie zu widerrufen, auch noch die Annahme von Seite des Beschenkten ausspricht, und es kann daher der bloße Besitz der Urkunde den Anforderungen dieses Paragraphes nicht genügen.... In der fraglichen Urkunde vom 10. Nov. 1840 gebraucht der Aussteller nur den Ausdruck: „„Legat"", und es ist von einer Annahme des Beschenkten darin nicht die Rede; auch war die Absicht des Erblassers nicht blos auf eine unwiderrufliche Schenkung gerichtet, wie der Kläger behauptet, da er selbst diesem Act die Benennung „„Legat und Schenkung"" in den späteren Widerrufserklärungen gegeben hat.... Auch hat der Verstorbene in späteren letztwilligen Anordnungen einen reichlichen Gebrauch von dem ihm im §. 716 a. b. G. B. eingeräumten Rechte gemacht, vorausgegangene letztwillige Anordnungen trotz des Beisatzes, daß sie unwiderruflich seien, abzuändern."

Nr. 73.

Beweislast bezüglich des Eigenthumsrechts und des Schuldenstandes im Falle der Güternamhaftmachung.

Entsch. v. 13. Februar 1855, Nr. 1359 (Best. des Bescheides der Prätur Auronzo v. 11. Oct. 1854, Nr. 4931, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Venedig v. 1. Dec. 1854, Nr. 19630). Giornale di Giurisprudenza pratica 1855, S. 182 ff.

Nr. 74.

Executionsgesuch wider den Hypothekarschuldner auf Grund eines mit dem Personalschuldner abgeschlossenen gerichtlichen Vergleiches.

Entsch. v. 14. Februar 1855, Nr. 1239 (Best. des den Bescheid des B. A. Vöcklabruck v. 25. Sept. 1854, Nr. 8030 abänd. Decrets des O. L. G. Wien v. 21. Nov. 1854, Nr. 2971). G. Z. 1855, Nr. 60.

Ein Executionsgesuch wider den Uebernehmer der belasteten Realität auf Grund einer vor der Uebernahme intabulirten, nur wider den Personalschuldner und früheren Besitzer der Pfandsache eingeklagten Forderung, und eines nach erfolgter Uebernahme mit diesem allein abgeschlossenen Vergleiches wurde in zweiter und dritter Instanz abgewiesen, und zwar von letzterer deßhalb: „weil die mit der Forderung der Recurrentin belastete Realität bereits am 12. Juni 1854 auf den neuen Eigenthümer übergegangen war, bevor der ihr Executionsrecht begründende Vergleich vom 4. Juli 1854 mit dem Personalschuldner geschlossen, und im Executionswege auf der verpfändeten Realität intabulirt worden ist. Dieser Vergleich begründet somit ein Executionsrecht der Recurrentin wider den Personalschuldner, welches auf jenes bewegliche und unbewegliche Vermögen geltend gemacht werden kann, das demselben angehört, nicht aber auf die bereits in den bücherlichen Besitz des Singularnachfolgers gekommene Realität, gegen welchen vielmehr im Sinne des §. 466 a. b. G. B. das auf der an ihn übergangenen Realität nicht haftende, daher auch von ihm nicht übernommene Executionsrecht rücksichtlich der auf seinem Anwesen versicherten Forderung der Recurrentin mit einer besonderen Hypothekarklage geltend gemacht werden muß, welche nur in dem Falle wegfallen würde, wenn das executive Pfandrecht der Recurrentin bereits vor dem Uebergange der Pfandsache auf den jetzigen Besitzer grundbücherlich eingetragen und somit von dem Letzteren übernommen worden wäre.“

Nr. 75.

Personen, wider welche das Concursprivilegium der Kaufleute wirksam ist.

Entsch. v. 14. März 1855, Nr. 2233 (Best. des Bescheides des H. G. Wien v. 2. Dec. 1854, Nr. 43617, Abänd. des Erlasses des O. L. G. Wien v. 10. Jänner 1855, Nr. 65). G. Z. 1855, Nr. 95.

Nr. 76.

Unterschied zwischen Angeld und Conventionalstrafe. — Unzulässigkeit der Zuerkennung eines von dem in der Klage geltend gemachten verschiedenen Klagerechts.

Entsch. v. 28. März 1855, Nr. 1987 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 25. April 1854, Nr. 8728, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 5. Sept. 1854, Nr. 5278). G. Z. 1855, Nr. 101.

B hatte sich verpflichtet, bis Ende October 1851 dem A eine Quantität Getreide zu liefern, „bei sonstigem Verlust der zuerst zu liefernden 500 Metzen". Auf Grund der darüber errichteten schriftlichen Erklärung fordert nun A „die verfallene Darangabe von 500 Metzen der Fechsung von 1851". Die erste und dritte Instanz wiesen den Kläger ab; die zweite gab dem Klagebegehren statt.

Gründe der ersten Instanz: „Auf Grundlage der Erklärung (rücksichtlich des von dem Geklagten an den Kläger adressirten Briefes) ddo. Wien 30. August 1851, welcher dem gegenwärtigen Rechtsstreite zu Grunde liegt, begehrt der Kläger die Lieferung von 500 Wiener Metzen Korn als eine zu seinen Gunsten verfallene Darangabe. Allein abgesehen davon, ob die obige Erklärung für den Geklagten rechtsverbindlich sei, geht es durchaus nicht an, auf die noch nicht abgelieferten 500 Metzen, von welchen in der obigen Erklärung Erwähnung geschieht, die Bestimmungen des §. 908 a. b. G. B. über das Angeld anzuwenden, und diese wegen der behaupteten Nichtzuhaltung des Contractes von Seite des Geklagten als eine im Voraus verfallene Angabe zu begehren. Der Wortlaut des §. 908 a. b. G. B. ist: „„Was bei Abschließung u. s. w."" Das Gesetz spricht somit ganz deutlich von demjenigen, was zum Zeichen der Abschließung oder zur Sicherstellung der Erfüllung des Vertrages bereits gegeben wurde; dieses kann unter den vom Gesetze angegebenen Umständen von dem Empfänger behalten werden. Es ist aber durchaus unzulässig, die erst als Darangabe zu leistenden 500 Metzen Korn als eine verfallene Angabe anzusehen. Es muß daher der Kläger mit seinem Klagebegehren auf Lieferung von 500 Metzen Korn als eine verfallene Darangabe abgewiesen werden."

Gründe der zweiten Instanz: „Der Umstand, daß diese 500 Metzen als Darangabe bezeichnet wurden, kann an der Wesenheit der Stipulation nichts ändern, deren Tendenz offenbar dahin geht, dem Kläger das Recht einzuräumen, für den Fall nicht gehöriger Zuhaltung des Vertrages in dem unentgeltlichen Bezuge der 500 Metzen seine Entschädigung zu finden. Eine solche Uebereinkunft ist nach den §§. 912 und 1336 a. b. G. B. gestattet, und wird als Conventionalstrafe bezeichnet. Daß der Kläger sie nicht unter diesem Titel einklagte, findet in dem Umstande seine Erklärung, daß er sich an die in der Erklärung vom 30. August 1851 vorkommende Benennung halten zu müssen glaubte, was

aber seinen Rechten keinen Abbruch thut, da bei der Entscheidung über die aus einem Vertrage entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten der Vertrag nach seinem ganzen Inhalte und nicht nach einem von den Parteien irrig gewählten Ausdrucke zu beurtheilen ist. Es kann sich demnach nur noch um die Frage handeln, ob der Vertrag aus Verschulden des Geklagten unerfüllt geblieben und dieser daher in die vertragsmäßige Conventionalstrafe verfallen ist."

Gründe der dritten Instanz: „Kläger hat die unentgeltliche Abfuhr von 500 Metzen Korn als eine zu dessen Gunsten verfallene Darangabe eingeklagt und wurde mit diesem Klagebegehren in erster Instanz abgewiesen, weil der §. 908 a. b. G. B. ein gegebenes Angeld voraussetzt und es nicht angeht, diese gesetzliche Norm auf ein erst zu gebendes Angeld auszudehnen, ein erst zu leistendes Angeld als ein verfallenes anzusehen. Der obere Richter hat den Geklagten in die unentgeltliche Abfuhr dieses Kornes verfällt, und zwar nicht auf Grund des §. 908, sondern auf jenem der §§. 912 und 1336 a. b. B. G. und hält den Umstand, daß der Kläger die Forderung nicht unter dem Titel der Conventionalstrafe einklagte, für unwesentlich, da bei der Entscheidung über die aus einem Vertrage entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten der Vertrag nach seinem ganzen Inhalte und nicht nach einem von den Parteien irrig gewählten Ausdrucke zu beurtheilen sei. Allein das Angeld (nach §. 908 a. b. G. B.) und die Conventionalstrafe (nach §. 912 und 1336 ebd.) sind zwei verschiedene Rechtstitel, gehen von ganz verschiedenen Voraussetzungen aus, hängen von verschiedenen Bedingungen ab, und haben verschiedene Rechtsfolgen. Das Angeld ist eine Sicherstellung für die Erfüllung eines Vertrages, die Conventionalstrafe eine für den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens vorhinein bestimmte Entschädigung für den widerfahrenen Nachtheil. Das Angeld enthebt, wenn der andere Theil sich damit begnügt, den einen Theil von der Erfüllung des Vertrages; bei der Conventionalstrafe ist dieses — eine besondere Verabredung ausgenommen — nicht der Fall. Das Angeld verfällt ohne Rücksicht auf einen wirklichen Schaden aus der Vertragsbrüchigkeit dem vollen Betrage nach; die Conventionalstrafe unterliegt, wenn solche von dem Schuldner im Verhältnisse zu dem erfolgten Schaden als übermäßig erwiesen wird, der richterlichen Mäßigung. Es können daher in einem Rechtsstreite, je nachdem der Verfall des Angeldes oder der Eintritt einer Conventionalstrafe angesprochen wird, die Einwendungen des Geklagten verschieden sein, und eben darum geht es nicht an, eine aus dem Titel des verfallenen Angeldes gestellte Forderung dem Kläger aus dem im Rechtsstreite gar nicht ventilirten Titel der Conventionalstrafe zuzusprechen. Da nun diesemnach der Anspruch aus dem von dem Oberlandesgerichte zu Grund gelegten Rechtstitel der Conventionalstrafe unstatthaft ist, aus dem Titel der Darangabe aber, wie der oberste Gerichtshof in Uebereinstimmung mit den Unterbehörden erkennen muß, die klägerische Forderung sich nach

§. 908 a. b. G. B. nicht rechtfertigen läßt, so mußte das erstrichterliche Erkenntniß bestätigt werden."

Nr. 77.

Versprechen der Eltern, das Heirathsgut bis zu einem bestimmten Betrag zu ergänzen, falls das eigene Vermögen der Braut nicht ausreicht.

Entsch. v. 10. April 1855, Nr. 2484 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 7. Juli 1854, Nr. 9255 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 30. Nov. 1854, Nr. 10275). Gaz. d. Trib. 1855, S. 525 ff.

In den Ehepacten wurde für die Braut aus dem Vermögen, welches ihr im Wege der Verlassenschaftsabhandlung nach ihrem verstorbenen Vater zufallen sollte, ein Heirathsgut von 35.000 Lire ausgesetzt. Ihre Mutter verbürgte sich zugleich im eigenen Namen dem Bräutigam gegenüber dafür, daß das der Braut zufallende Vermögen diesen Betrag erreichen werde, und verpflichtete sich, eventuell das Fehlende zu ergänzen. Als zwei Jahre später der Gatte starb, war das Vermögen seiner Gattin noch nicht realisirt. Die Letztere verlangte nunmehr von ihrer Mutter den vollen Betrag von 35.000 Lire. Die erste Instanz nahm an, daß der Vertrag eine eventuelle Schenkung zu Gunsten der Tochter enthalte, und daß nur die Erfüllung des Schenkungsversprechens noch nicht gefordert werden könne, weil die Verlassenschaftsabhandlung nach dem Vater der Klägerin noch nicht beendet, somit noch nicht dargethan sei, daß das ihr von dort zufallende Vermögen die Summe von 35.000 Lire nicht erreiche. Sie wies daher das Klagebegehren zwar ab, behielt aber der Klägerin das Recht vor, dasselbe seinerzeit zu erneuern. Die beiden höheren Instanzen beseitigten diesen Vorbehalt, und wiesen das Klagebegehren unbedingt zurück.

Gründe der dritten Instanz: „In den fraglichen Ehepacten wurde die Mitgift von 35.000 Lire ausdrücklich aus dem der Braut eigenthümlichen Vermögen bestellt, und es sollte die Bezahlung erst bei der Realisirung der der Braut aus der Verlassenschaft ihres Vaters zugefallenen und damals noch nicht getheilten Erbschaft erfolgen. Aus dem Inhalte des Artikels 6 des erwähnten Vertrages ergibt sich ferner, daß die Geklagte, die Mutter der Braut, sich keineswegs in Bezug auf ihr Vermögen sei es als Schuldnerin, sei es als Bürgin für die Ergänzung der Mitgift im Falle des Nichtausreichens des Vermögens der Braut verpflichtet habe; daß im schlimmsten Falle diese Erklärung nur zum Vortheile des Bräutigams gegeben wurde, und daher aus ihr der überlebenden Gattin, welche im juristischen Sinne die wahre und hauptsächliche Schuldnerin nach §. 1219 a. b. G. B. ist, ein Recht

nicht erwachsen konnte. Es stand daher der in der ersten Instanz zu Gunsten der Klägerin gemachte Vorbehalt mit der Bestimmung des §. 316 ital. G. O. (§. 326 westg. G. O. — entspricht dem §. 249 a. G. O., welchem jedoch gerade der hier entscheidende Schlußsatz abgeht) im Widerspruche."

Nr. 78.

Rückwirkung der Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches auf früher angeordnete Substitutionen. Unterschied zwischen Fideicommiß (Familien = Fideicommiß) und fideicommissarischer Substitution. Berechnung der Grade nach §. 612 a. b. G. B.

Entsch. vom 12. April 1855, Nr. 13965 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 13. Juni 1854, Nr. 18337, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien vom 27. Sept. 1854, Nr. 177). G. Z. 1855, Nr. 89.

Johann Franz M hatte in seinem Testamente vom 10. October 1731 und in dem dazu gehörigen Codicille vom 12. December 1749 seinen Bruder Ludwig M zum Universalerben eingesetzt, demselben aber dessen sieben Kinder dergestalt substituirt, „daß bei seinem Ableben letzteren die ganze Erbschaft zufallen solle, wobei zugleich angeordnet wurde, daß wenn der eine oder der andere der erblasserischen Neffen oder Nichten ledigen Standes oder ohne Leibeserben, oder deren Kinder, Enkel oder Urenkel und sofort deren Abkömmlinge in absteigender Linie ohne Hinterlassung ehelicher Leibeserben verstürben, derjenige Antheil, den er oder sie ererbt, und solchergestalt auf sich oder seine Kinder gebracht haben würden, denen anderen Geschwistern, nämlich seinem oder ihrem Bruder und gesetzten Falles Schwester, oder da diese nicht mehr am Leben wären, deren Kindern, Enkeln und Urenkeln und so weiter pro rata in gleichen Theilen, und zwar in stirpes anwachsen und zufallen solle, mithin ad personas extraneas, so lange noch Jemand von dem M'schen Stamme sowohl männlichen als weiblichen Geschlechtes übrig sein würde, keineswegs gebracht werden könne". Diese Verfügung wurde unter anderem auch auf eine bei dem landesgerichtlichen Depositenamte zu Wien erliegende Staatsobligation per 1700 fl. vorgemerkt. Als nun sämmtliche in der erwähnten letztwilligen Anordnung dem Ludwig M substituirten Erben des zweiten Grades bereits verstorben waren, stellten die Nachfolger derselben gegen den Johann Franz M'schen Substitutions-Curator das Begehren um Erkenntniß: 1. die von Johann Franz M in seinem obgedachten Testamente und bezüglich Codicille zu Gunsten der ehelichen Nachkommen des Ludwig M angeordnete und in Folge Verordnung vom

6. September 1833 auf dem in der Johann Franz M'schen Verlassenschaft erliegenden Vermögen depositenämtlich angemerkte fideicommissarische Substitution sei durch das Ableben der sämmtlichen zum Genusse des Substitutionsvermögens gelangten Nacherben des zweiten Grades erloschen; 2. die Kläger seien daher berechtigt, die depositenämtliche Löschung der vorbezeichneten Substitutionsanordnung von dem in der Johann Franz M'schen Verlassenschaft im landesgerichtlichen Depositenamte erliegenden Vermögen, bestehend aus einer 5percentigen Staatsschuldverschreibung per 1700 fl., und die Erfolglassung dieser Staatsschuldverschreibung zu erwirken.

Der Klage wurde in erster und dritter Instanz stattgegeben, in zweiter Instanz wurde des Begehren abgewiesen.

Nach den Gründen der zweiten Instanz „geht der Sinn der letztwilligen Anordnung des Franz Johann M dahin, daß das hinterlassene Vermögen ein unveräußerliches Gut aller Geschlechtsnachfolger seines Bruders Ludwig M bilden soll, und daß daher durch diese Anordnung nicht blos einzelnen zur Erbfolge berufenen Personen, sondern dem ganzen M'schen Stamme, und zwar für immerwährende Zeiten, ein Vortheil zugewendet wird, wornach sich dieselbe als ein Fideicommiß und zwar als ein Pecuniarfideicommiß darstellt. Zur Zeit der Errichtung dieses letzten Willens waren jedoch die Begriffe eines Fideicommisses und einer bloßen fideicommissarischen Substitution nicht in der Art gesondert, wie sie es jetzt sind und auch die fideicommissarische Substitution war damals nicht auf gewisse Grade beschränkt. Nach dem Hofdecret vom 16. November 1814, Nr. 1111 sind die vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. errichteten letzten Willenserklärungen der Form und dem Inhalte nach nur nach den früheren Gesetzen zu beurtheilen. Es kann daher auch bei der Beurtheilung der Rechtswirkungen des am 10. October 1731 und 12. December 1749 errichteten letzten Willens nicht §. 612 a. b. G. B., sondern lediglich die damals bestandene Gesetzgebung zur Richtschnur dienen. Nach den damaligen Gesetzen waren aber die fideicommissarischen Anordnungen weder auf gewisse Grade beschränkt, noch in der Regel von der Erwirkung der landesfürstlichen Genehmigung abhängig gemacht. Denn es heißt in der Verordnung Kaiser Leopolds I. vom 2. October 1674 wörtlich: „lassen Wir es bei der Fideicommittenten Willkür gnädigst bewenden, ob sie über ihre Dispositionen Unsere landesfürstliche Confirmation einholen wollen." Der weitere Beisatz: „daß der Fideicommittent vermöge Rechten zu disponiren befugt sein müsse", kann aber nicht den Sinn haben, daß der Testator bei der Substituirung der Erben auf gewisse Grade beschränkt sein solle, denn eine solche Beschränkung ist aus keinem damals erflossenen Gesetze, und selbst nicht aus dem subsidiarisch geltenden römischen Rechte zu entnehmen, da nach letzterem die Bestimmung der Grade der Substitution der Willkür des Testators überlassen blieb, wenn nur der substituirte Erbe facultatem testamenti passivam besaß. Auch die in den späteren Gesetzen vorkommenden Einschränkungen, insbesondere in

der Verordnung vom 22. Jänner 1763, beziehen sich nicht auf Pecuniarfideicommisse. Hieraus folgt, daß in Anwendung der älteren Gesetze die von Johann Franz M angeordnete fideicommissarische Substitution in ihrem ganzen Umfange, und zwar bis zum gänzlichen Erlöschen des M'schen Stammes, als giltig und rechtswirksam angesehen werden muß. Diese älteren Gesetze sind aber allerdings hier maßgebend; denn in dem V. Absatze des Kundmachungspatentes zum a. b. G. B. wird ausdrücklich erklärt, daß dasselbe auf vorhergegangene Handlungen, auch wenn selbe nur in einseitigen Willenserklärungen bestehen, keinen Einfluß habe. Es macht in diesem Falle keinen Unterschied, ob das Rechtssubject, welches darauf seine Rechte gründen kann, bereits existirt hat, oder nicht. In letzterem Falle wird zwar die subjective Fähigkeit des Erben nach den zur Zeit seines Erbschaftsantrittes bestehenden Gesetzen zu beurtheilen sein; dadurch wird aber die Rechtsgiltigkeit der vor der Wirksamkeit des neuen a. b. G. B. unternommenen Handlung des Testators und der objective Bestand des Rechtes nicht im Mindesten alterirt, indem diese Handlung — nämlich die Errichtung des letzten Willens — nicht von der Zustimmung einer zweiten Person abhängig war, und mit dem Tode des Testators rechtswirksam wurde. Wollte man aber auch annehmen, daß der §. 612 a. b. G. B. Anwendung finde, so ließe sich nach der Ansicht des Obergerichtes dadurch das Klagebegehren dennoch nicht rechtfertigen; denn die Berechnung der Grade kann nach §. 612 nur mit jenen Nacherben beginnen, welche nicht Zeitgenossen des Erblassers sind. Diesemnach bilden die zur Erbschaft gelangten Enkel des eingesetzen Universalerben Ludwig M den ersten Grad, und die gegenwärtigen Urenkel als Kläger den zweiten Grad. Da sich nun nach §. 612 des a. b. G. B. die fideicommissarische Substitution bei beweglichen Sachen auch auf den zweiten Grad erstreckt, so sind auch diese noch an die fideicommissarische Anordnung gebunden und daher verpflichtet, den Nachlaß auf ihre Kinder zu übertragen, und diesen Letzteren wird erst das freie Eigenthum zukommen. Die Behauptung, daß schon der zweite Grad der nachberufenen Erben mit dem Nachlasse frei disponiren könne, ist nicht richtig, denn die fideicommissarische Substitution besteht nach §. 610 des a. b. G. B. eben in dem Verbote, über den Nachlaß zu testiren; wenn demnach die fideicommissarische Substitution nach §. 612 a. b. G. B. bis auf den zweiten Grad sich erstreckt, so kann dieses offenbar nur den Sinn haben, daß das von dem Erblasser angeordnete Verbot auch für den zweiten Grad noch giltig sei."

Gründe der dritten Instanz: „Die auf der 5% Staatsschuldverschreibung vom 1. August 1828, Nr. 20.564, pr. 1700 fl. haftenden letztwilligen Anordnungen des Johann Franz M vom 10. October 1721 und 12. December 1749, durch welche er seinen Bruder Ludwig M zum Erben einsetzte und ihm seine Kinder und deren Nachkommen unbeschränkt substituirte, wurden weder als die Anordnung eines eigentlichen Fideicommisses, noch jene Staatsschuldverschreibung als ein

Pecuniarfideicommiß behandelt; der Beklagte trat hier auch nicht als Fideicommiß- oder Posteritätscurator, sondern lediglich als Substitutionscurator auf, und beide Theile gingen in vorliegender Verhandlung im Wesentlichen von der Ansicht aus, daß durch obige letztwillige Verfügung lediglich eine fideicommissarische Substitution angeordnet worden sei. Es kann daher auch bei Entscheidung dieses Rechtsfalles nur von letzterem Standpunkte ausgegangen werden. Dies vorausgesetzt, kömmt es nun zunächst auf die Frage an, ob auf obige letztwillige Verfügung die Anordnung des a. b. G. B., wie die Kläger behaupten, indem sie nach §. 611 und 612 die Erlöschung der Substitution und die freie Gebahrung mit der bemerkten Staatsschuldverschreibung reclamiren, oder aber die diesfalls bestandenen früheren Gesetze, wie der geklagte Curator meint, welcher deßhalb die Fortdauer der Substitution bis zur gänzlichen Erlöschung der Ludwig M'schen Descendenz behauptet, Anwendung finden? In dieser Beziehung ist es im Allgemeinen wohl richtig, daß die Bestimmungen des a. b. G. B. sowohl nach dem Kundmachungspatente zu demselben, als auch nach §. 5 des a. b. G. B. selbst auf vorausgegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß haben, und es ist hinsichtlich der letztwilligen Anordnungen speciell durch das Hofdecret vom 16. November 1814, Nr. 1111, bestimmt, daß die vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. errichteten letzten Willenserklärungen sowohl hinsichtlich der äußeren Form, als auch in Bezug auf ihren Inhalt nach den früheren Gesetzen zu beurtheilen seien. Allein diese Regel hindert die Anwendung der Bestimmungen des a. b. G. B. auf vorher begründete Privatrechtsverhältnisse nicht, wenn jene Bestimmungen eine im allgemeinen Interesse eingeführte Beschränkung der Privatrechte zum Gegenstande haben, weil solche stets der öffentlichen Rücksicht weichen müssen. Eine solche Beschränkung enthält der §. 612 a. b. G. B., welcher fideicommissarische Substitutionen in Ansehung der Geldsummen und anderer beweglicher Sachen nur bis auf den zweiten Grad gestattet, und offenbar die Beseitigung der Hindernisse der freien Verfügung über das bewegliche Eigenthum und die Beförderung des allgemeinen Verkehres bezielet, mithin auf öffentlichen Rücksichten beruht. Wenn daher auch die zur Zeit der von Johann Franz M angeordneten fideicommissarischen Substitution bestandenen Gesetze dem Testator keine Beschränkungen in der freien Verfügung auferlegt haben sollten, so ist der vorliegende Streitgegenstand doch immer nur nach dem bestehenden a. b. G. B. zu beurtheilen. Da nun, wie bemerkt, nach §. 612 desselben die fideicommissarischen Substitutionen hinsichtlich der Geldsummen und beweglichen Sachen nur bis auf den zweiten Grad gestattet sind, und das Substitutionsvermögen nach den sechs Kindern des Ludwig M, welche als Zeitgenossen des Erblassers (der im Codicille sogar von sieben Kindern spricht) nach §. 611 a. b. G. B. nicht zu zählen sind, auf die substituirten Erben des ersten Grades, nämlich auf die Enkel und Enkelinnen des Ludwig M und von diesen auf die Substitutionserben

des zweiten Grades, nämlich auf die Urenkel und Urenkelinnen desselben, die das Substitutionscapital derzeit besitzen, übergegangen ist: so erscheint die angeordnete gesetzliche, auf zwei Grade beschränkte Substitution bereits als erloschen, und die Kläger sind zur freien Verfügung über das Substitutionscapital berechtigt. Der Geklagte meint zwar, daß auch die gegenwärtigen Besitzer, nämlich die Kläger noch in der Substitution eingeschlossen und daher verpflichtet seien, das Vermögen ihren Intestaterben zu hinterlassen; allein da diese Intestaterben den dritten Grad der Substitutionserben bilden würden, und das Gesetz nur zwei Grade als zulässig erklärt, so kann diese Ansicht des Geklagten nicht als richtig anerkannt werden."

Nr. 79.

Verjährung des Entgelts für Dienstleistungen.

Entsch. v. 18. April 1855, Nr. 2639 (Best. des das Urtheil des L. G. Bergamo v. 26. Mai 1854, Nr. 4838 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 10. Nov. 1854, Nr. 10005). Gaz. d. Trib. 1855, S. 322 ff.

B hatte seinem Freunde A für die Besorgung seiner Geschäfte und Verwaltung seines Vermögens brieflich eine jährliche Remuneration von 1000 L. zugesichert; A nahm das Anerbieten an, führte die Geschäfte durch fünf Jahre, und klagte am Ende des zehnten Jahres seit dem Beginne jener Geschäftsführung gegen B (beziehungsweise gegen den ihm wegen Verschwendung bestellten Curator) auf Zahlung von 5000 L. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, indem sie davon ausging, daß die Forderung nach §. 1480 a. b. G. B. verjährt sei. Die beiden höheren Gerichte gaben dem Klagebegehren statt, und zwar der oberste Gerichtshof „in der Erwägung, daß nach §. 1480 a. b. G. B. nicht der Lohn oder das Entgelt für eine Dienstleistung, sondern nur das Recht auf Dienstleistungen, der dreijährigen Verjährung unterliegt."

Nr. 80.

Zuläßigkeit der Verlegung der Eidestagsatzung auf einseitiges Verlangen desjenigen, der den Eid angetreten hat.

Entsch. v. 19. April 1855, Nr. 3521 (Best. der den Bescheid der Prätur Almenno v. 27. Jänner 1855, Nr. 340 abänd. Verordnung des O. L. G. Mailand v. 24. Februar 1855, Nr. 2382). Gaz. d. Trib. 1856, S. 10.

A hatte einen Haupteid, auf welchen erkannt war, angetreten; allein er erschien nicht bei der zur Ablegung des Eides angeordneten Tag-

satzung. Statt seiner fand sich nur sein Advocat ein, welcher angab, daß ein ungewöhnlicher Schneefall es seinem Clienten unmöglich gemacht habe, zu erscheinen, weßhalb er die Verlegung der Tagsatzung begehre. Der Gegner widersetzte sich dem, und die erste Instanz wies das Verlegungsgesuch ab, indem sie zugleich den Eid für nicht abgeschworen erklärte. „Das Urtheil", so lauten die Gründe dieses Bescheides, „hat dem A in Gemäßheit des §. 273 ital. G. O. (§. 210 a. G. O.) auferlegt, den Eid, zu welchem er zugelassen wurde, bei der auf sein Abtretungsgesuch anzuordnenden Tagsatzung abzulegen, widrigenfalls er dazu nicht mehr zugelassen würde. Nun ist aber nach §. 508 ital. G. O. (§. 522 westg. G. O.) der Richter nicht ermächtigt, da wo das Gesetz ausdrücklich anordnet, daß die Partei, wenn sie den festgesetzten Termin verstreichen ließ, nicht mehr gehört werden soll, eine Verlängerung des Termins zu bewilligen; vielmehr ist in solchen Fällen das Verlängerungsgesuch ohne Weiteres zurückzuweisen. Da nun der Termin zur Ablegung eines Eides seiner Natur nach ein peremtorischer ist, indem an das fruchtlose Verstreichen dieses Termins dieselben Folgen geknüpft sind, welche im §. 508 ital. G. O. angeordnet sind, und somit das Erlöschen des Rechtes zur Ablegung des Eides unmittelbar auf dem Gesetze beruht, so würde diese Folge zu Gunsten der Gegner auch dann eintreten, wenn sie sich dem Verlegungsgesuche nicht ohnehin widersetzt hätten. Wenn endlich eine Partei verhindert ist, zur Ablegung des Eides zu erscheinen, so kann dieses nicht ein Verlegungsgesuch begründen, sondern es ist in einem solchen Falle um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzusuchen."

Die beiden höheren Gerichte bewilligten die angesuchte Verlegung der Eidestagsatzung, und zwar der oberste Gerichtshof in der Erwägung, „daß das Gesetz den Termin für die Tagsatzung zur Ablegung eines rechtzeitig angetretenen Eides nicht bestimmt, vielmehr die Bestimmung dem vernünftigen Ermessen des Richters überläßt, weßhalb auf den vorliegenden Fall auch die Bestimmung des §. 508 ital. G. O. nicht anwendbar erscheint".

Nr. 81.

Personen, wider welche die Besitzstörungsklage zu richten ist.

Entsch. v. 19. April 1855, Nr. 3365 (Best. der den Bescheid der Prätur Varese v. 30. Dec. 1854, Nr. 17572 abänd. Verordnung des O. L. G. Mailand v. 17. Februar 1855, Nr. 717). Gaz. d. Trib. 1858, S. 106 und 107.

Der Maurer B hatte eine Mauer des dem M gehörigen Hauses durch einen Strebepfeiler unterstützt, und die Commune A, welche in diesem Bau eine Störung ihres Besitzes fand, richtete ihre Besitzstörungs-

klage nicht gegen den (übrigens abwesenden) Eigenthümer des Hauses, sondern gegen B, welcher sich auf einen schriftlichen Auftrag des M berief. In erster Instanz ward dem Begehren der Klage stattgegeben; die beiden höheren Gerichte wiesen es zurück, und zwar der oberste Gerichtshof in der Erwägung, „daß der Geklagte, indem er den fraglichen Bau vornahm, nicht von der Absicht geleitet war, den Besitz eines Andern zu stören, oder Besitzacte im Namen eines Anderen vorzunehmen, sondern auf Befehl und im Auftrage des M vorging; ferner daß der Geklagte, als von einem Dritten beauftragt und als einfacher Handwerker, nicht zur Beobachtung der im §. 68 ital. G. O. (§. 72 westg. G. O.) vorgeschriebenen Formen gebunden ist; daß daraus, daß der von M an den Geklagten ergangene Auftrag der Klägerin nicht bekannt ist, noch nicht gefolgert werden kann, daß er ein geheimer gewesen, und daß endlich nach §. 1017 a. b. G. B. die aus der Handlung des Mandatars entspringenden Rechte und Pflichten nicht ihm zukommen, sondern lediglich dem Auftraggeber."

Nr. 82.

Differenzgeschäft oder Lieferungsvertrag mit Festsetzung eines Reugeldes? — Stellung des Commissionärs, welcher zum Abschluß eines solchen Geschäftes verwendet wurde.

Entsch. v. 1. Mai 1855, Nr. 2537 (Best. des das Urtheil des H. G. Mailand v. 30. Oct. 1854, Nr. 14297 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 18. Jänner 1855, Nr. 13040). Gaz. d. Trib. 1857, S. 523, 524.

Das Mailänder Handlungshaus B ermächtigte das Haus A in Marseille, für seine Rechnung 100 Fässer Weingeist, das Faß zum Minimalpreis von 74 Franken zu verkaufen, mit dem Vorbehalt jedoch, daß der Verkäufer bis zu dem für die Uebergabe bestimmten Tage berechtigt sein solle, gegen ein Reugeld von 30 Franken per Faß vom Vertrage zurückzutreten, und daß A als Commissionär volle Garantie zu leisten habe, so daß B um den Namen des Käufers sich gar nicht zu bekümmern brauche. A zeigte bald hierauf dem B den Abschluß des Vertrages und zwar zu dem Preis von 80 Franken per Faß an, und B erklärte sich auch damit einverstanden. Als jedoch die zur Erfüllung des Vertrages festgesetzte Zeit herankam und B aufgefordert wurde, sich zu erklären, ob er liefern oder die 30 Franken per Faß zahlen wolle, weigerte er sich sowohl des Einen wie des Andern, indem er sich darauf berief, daß der Vertrag eine Wette begründe, zu deren Einhaltung man weder nach österreichischem, noch nach französischem Recht gezwungen werden könne. A ward inzwischen von dem Dritten, mit welchem er unter eigener Dafürhaftung contrahirt hatte, in Marseille auf Erfüllung des Vertrages belangt, und

— nach ordnungsmäßiger Streitverkündigung an B — zur Zahlung verurtheilt. Er verlangt nun von B den Ersatz dessen, was er jenem Urtheile gemäß gezahlt hat. Seinem von der ersten Instanz abgewiesenen Begehren wurde von den höheren Instanzen stattgegeben.

Gründe der dritten Instanz: „Soweit es sich um den dritten Contrahenten und um A handelt, war das abgeschlossene Kauf- oder Prämiengeschäft unzweifelhaft giltig und wirksam, da das Gesetz des Ortes, wo es abgeschlossen wurde, ein solches nicht verbietet, und die Verhandlung nichts zu Tage gebracht hat, was annehmen ließe, daß das Geschäft blos simulirt sei. — Wenn nun auch wirklich, wie der Geklagte behaupten will, jenes Geschäft im Sinne des Artikels 1965 des Code Napoléon als eine Wette angesehen werden könnte, so hätte dennoch der Kläger die Naturalobligation gehabt, sie zu erfüllen, da das Geschäft im Vertrauen auf seine Redlichkeit und unter dem Schutze des kaufmännischen Credits abgeschlossen worden ist ...... Wenn nun gleich der Commissionär verpflichtet ist, im Interesse seines Committenten zu handeln, so ist er doch keineswegs verpflichtet, für denselben seinen eigenen Credit und guten Namen zu opfern ..... Auch von Seite des Geklagten kann nicht davon die Rede sein, daß es sich um ein bloßes Spiel oder eine Wette handelt, da sich aus der vorliegenden Correspondenz ergibt, daß die wirkliche Lieferung der Waare keineswegs ausgeschlossen wurde, und der Geklagte sich nur das Recht vorbehalten hat, gegen Zahlung eines bestimmten Reugeldes von dem Vertrage zurückzutreten. Für die Erfüllung des Vertrages hatte ferner der Kläger jene Garantien geboten, welche sich auf seinen guten Namen und auf seinen kaufmännischen Credit stützen. Es konnte also dem Geklagten nicht freistehen, sich nach Belieben nach allen vorausgegangenen Verhandlungen von den Verpflichtungen, die er übernommen, loszusagen, sich selbst in integrum zu restituiren und alle Gefahr seinem Commissionär aufzubürden."

Nr. 83.

Unzulässigkeit des Haupteides über Thatsachen, welche keinem der beiden proceßführenden Theile aus eigenem Wissen vollständig bekannt sind.

Entsch. v. 2. Mai 1855, Nr. 3244 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 21. August 1854, Nr. 11632, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 6. Dec. 1854, Nr. 18400). Eco d. Trib. 1855, S. 280 ff.

A trägt der B den Haupteid darüber auf, daß sie durch C gewisse Arbeiten bei ihm nicht bestellt habe. Die beiden unteren Instanzen divergirten gänzlich in ihren Entscheidungen. Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück, weil sie annahm, daß dem A das Klagerecht

nicht wider die B, sondern gegen einen Andern zustehe. Die zweite Instanz berücksichtigte zunächst andere, nicht hierher gehörige Punkte und ordnete einen Beweis durch Kunstverständige an. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Abweisung des Klagebegehrens, jedoch nur deßhalb, weil „das einzige Beweismittel, welches Kläger anbietet, der Haupteid, so wie er formulirt ist, nicht geeignet ist, einen Beweis herzustellen, vielmehr unzulässig erscheint, weil er über fremde Handlungen aufgetragen ist; denn die Geklagte könnte wohl über den Auftrag schwören, den sie dem C gegeben haben soll, und A über den Auftrag, den er von C erhalten haben will; allein erstere könnte nicht über letzteren Umstand, und A nicht über die dem C ertheilte Ermächtigung einen Eid schwören."

Nr. 84.

Ersatz des künftig entgehenden Verdienstes im Falle einer durch Körperverletzung bewirkten Erwerbsunfähigkeit des Beschädigten.

Entsch. v. 8. Mai 1855, Nr. 4325 (Best. des das Urtheil des L. G. Linz v. 14. Sept. 1854, Nr. 562 abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 29. Dec. 1854, Nr. 3838). G. Z. 1856, Nr. 11.

In einem Processe um Ersatz des künftigen Verdienstes in Folge einer durch culpose Körperverletzung bewirkten Unfähigkeit eines Handwerkers zur Fortsetzung seines Gewerbes, in welchem der Geklagte sich darauf berief, daß der Verletzte nicht ganz und gar arbeitsunfähig geworden sei, sprach der oberste Gerichtshof folgende Rechtsansicht aus: „Das Gesetz fordert nicht, daß der Beschädigte gänzlich erwerbsunfähig wird; es liegt in der Natur der Sache, daß, wenn der Verletzte durch die ihm zugefügte körperliche Verletzung unfähig wurde, sich durch das von ihm erlernte Gewerbe etwas zu verdienen, der Beschädiger verpflichtet sei, ihm diesen künftig entgehenden Verdienst zu ersetzen, weil die Schadloshaltung in der Zurückversetzung des Beschädigten in den vorigen Stand besteht, oder wo diese nicht möglich ist, in der Bezahlung des Schätzungswerthes (§. 1323 des a. b. G. B.), d. i. eines Aequivalentes, welches dem Betrage gleichkommt, den der Kläger sich im Gewerbe verdient haben würde."

Nr. 85.

Verpflichtung des Eigenthümers des dienstbaren Grundes, auf welchen ein Abzugscanal geführt ist, die Reinigung desselben zu dulden.

Entsch. v. 8. Mai 1855, Nr. 4556 (Best. des das Urtheil der Prätur Casalmaggiore v. 24. Oct. 1854, Nr. 6259 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand vom 9. Februar 1855, Nr. 1174). Gaz. d. Trib. 1856, S. 370.

Es ist anerkannt, daß B sich gefallen lassen muß, daß der im Hause des A sich ansammelnde Unrath durch einen Canal in sein Haus geleitet werde. Er will jedoch diesen Canal auf seinem Grunde weder selbst reinigen, noch gestatten, daß ihn A dort reinigen lasse. Die erste Instanz wies das hierauf gerichtete Begehren des A ab; die zweite gab ihm statt, und der oberste Gerichtshof bestätigte letztere Entscheidung, indem er bemerkte: „Das Urtheil der zweiten Instanz hat blos im Principe anerkannt, daß der Geklagte verpflichtet ist, den fraglichen Canal, wenn es nöthig ist, entweder selbst reinigen zu lassen, oder zu gestatten, daß dieses auf Kosten des Klägers geschehe. Ueber den Ort und über die Ausführung dieser Reinigung ist weiter nichts verfügt. Bei diesem Stande der Dinge hatte B keinen Anlaß, sich über das erwähnte Urtheil zu beschweren, da er, wenn er die Existenz des fraglichen Abzugs-Canals dulden muß, sich es offenbar auch gefallen lassen muß, daß derselbe gereinigt werde."

Nr. 86.

Alternatives Erkenntniß. — Verzicht des Delaten auf die Bestreitung der durch den Haupteid zu erprobenden Thatsache.

Entsch. v. 8. Mai 1855, Nr. 4607 (Best. der den Bescheid des H. G. Mailand vom 19. Februar 1855, Nr. 19159 abändernden Verordnung des O. L. G. Mailand v. 14. März 1855, Nr. 3244). Gaz. d. Trib. 1856, S. 591 ff.

A hatte den B auf Zahlung von 777 Lire für ihm dargeliehenen Wein geklagt. Das Urtheil gab dem Klagebegehren für den Fall statt, daß der Beweis durch den dem Geklagten aufgetragenen referiblen Haupteid über den Umstand, daß statt der Rückstellung des Weines in natura die Bezahlung desselben verabredet worden sei, zu Gunsten des Klägers ausfalle; im entgegengesetzten Falle sollte der Geklagte nicht zur Zahlung der 777 Lire, sondern zur Rückstellung des Weines verpflichtet sein. Als das Urtheil in Rechtskraft erwachsen war, überreichte B ein Gesuch

um Verständigung des Gegners von dem Umstande, daß er den Eid weder ablegen noch zurückschieben, vielmehr den fraglichen Umstand im Sinne der Eidesformel als wahr gelten lassen wolle. Dagegen protestirt nun A, indem er geltend macht, daß nach dem Wortlaut des Urtheils, wenn B nicht schwöre, ihm die Wahl bleibe, den Eid abzulegen und das Geld, oder ihn nicht abzulegen und den Wein in natura zu fordern. Zugleich bat er um executive Wegnahme des fraglichen Weines aus den Kellern B's. Diesem Ansuchen hatte die erste Instanz willfahrt, die beiden höheren wiesen es mit der Bemerkung ab, daß dem Kläger nur freistehe, die Execution zur Einbringung der 777 Lire zu führen.

Gründe der dritten Instanz: „Der Kläger stellte seine Klage nicht auf Grund des Darlehensvertrages, vermöge dessen er die Rückstellung des Weines in natura fordern konnte, sondern auf Grund des Kauf- und Verkaufsvertrages an, in Folge dessen er aber die Bezahlung des bedungenen Kaufpreises forderte. Durch das hierauf ergangene Urtheil wurde der Beweis durch den Haupteid über den Abschluß des Kauf- und Verkaufsvertrages, welchen der Kläger behauptet, der Geklagte in Abrede stellt, zugelassen, und vom Ausgange dieses Beweises die Verurtheilung des Geklagten zur Bezahlung des Kaufschillings für den erwähnten Wein abhängig gemacht. Nun hat aber der Geklagte in der erwähnten Eingabe ausdrücklich die Behauptung des Klägers als erwiesen anerkannt, und durch dieses Bekenntniß ohne Zweifel den Beweis ersetzt, welcher sonst durch den Haupteid hätte hergestellt werden müssen. Der Kläger kann daher kein Recht auf mehr haben, als er selbst in der Klage verlangt hat, nämlich auf den Preis des verkauften Weines, während die Verpflichtung zur Zurückstellung des Weines in natura von der nunmehr gänzlich ausgeschlossenen Bedingung abhängig gemacht wurde, daß der Abschluß des Kauf- und Verkaufsvertrages nicht bewiesen würde.“

Nr. 87.

Gerichtlich gepfändete Gegenstände als Object des im §. 113 ung. C. O. den Wechselgläubigern eingeräumten Vorrechtes.

Entsch. v. 8. Mai 1855, Nr. 12543 (Abänderung des Bescheides des O. L. G. Temesvar vom 5. Juli 1854, Nr. 3744, Best. des Bescheides des L. G. Temesvar v. 7. Juni 1854, Nr. 3742). G. Z. 1855, Nr. 128.

Nr. 88.

Rechnungsproceß von demjenigen, dem die Rechnung gelegt wurde, eröffnet. Einrede statt der Erläuterungen.

Entsch. vom 9. Mai 1855, Nr. 4424 (Best. des das Urtheil des L. G. Padua v. 5. October 1854, Nr. 7723 aufhebenden Decrets des O. L. G. Venedig v. 7. Februar 1855, Nr. 20605). Eco d. Trib. 1855, S. 296 ff.

A überreichte gegen B eine Klage, worin er die von B ihm gelegte Rechnung bemängelt. Diese Klage wurde dem B um die binnen 45 Tagen zu erstattenden Erläuterungen zugestellt. B jedoch überreichte eine „Einrede", in welche er das Recht des Gegners, diese Klage anzustellen, die Existenz einer wirklichen Rechnung und seine Verpflichtung Rechnung zu legen bestritt, und die Abweisung der Klage begehrte. Die Schrift ward um die Replik verbeschieden. Statt derselben brachte A „fernere Mängel" ein, welche B mit einer „Duplik" beantwortete, die ebensowenig als die Einrede auf die Rechnung und deren Bemänglung einging. Die erste Instanz ging auf das Vertheidigungssystem des B ein, und wies den Kläger mit seinem Begehren ab. Die zweite Instanz annullirte dieses Urtheil und trug dem Gerichte erster Instanz auf, über die vom Kläger vorgebrachten Mängel zu erkennen, was Rechtens sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Decret aus folgenden Gründen: „Auch ohne daß ein Aufforderungsproceß stattgefunden hat, ist derjenige, welchem eine Rechnung gelegt wird, berechtigt, die Mängel mittelst Klage geltend zu machen. Dies hat der Kläger gethan ... und da seine Klage aufrecht erledigt wurde, hatte Geklagter nach §. 6 ital. G. O. (§. 7 a. G. O.) alle seine dilatorischen und peremtorischen Einwendungen vorzubringen und also auch auf die Mängel zu antworten... Die Verbescheidung der von ihm Einrede genannten Schrift um die Replik begründet nicht die Nichtigkeit der nachfolgenden Acte, da der Kläger nichtsdestoweniger die Proceßnormen beobachtete."

Nr. 89.

Löschung von Satzposten auf Verlangen dritter, vom Besitzer der Pfandsache verschiedener Personen.

Entsch. vom 16. Mai 1855, Nr. 4655 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 22. Sept. 1854, Nr. 24801 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 14. Dec. 1854, Nr. 3356). G. Z. 1855, Nr. 85.

Auf einem mit dem Substitutionsbande behafteten Hause hatte ein Gläubiger des instituirten Erben die executive Einverleibung seiner

Forderung erwirkt. Die Substitutionserben verkauften das Haus, nachdem sie in Besitz und Genuß desselben gelangt waren, und übernahmen dabei die Verpflichtung, die Löschung der fraglichen Satzpost zu erwirken, während zugleich ein Theil des Kaufschillings auf dem Hause grundbücherlich sichergestellt wurde. Später klagten sie auf Löschung des Fruchtgenusses des instituirten Erben und der gegen ihn erwirkten Einverleibung, wogegen jedoch eingewendet wurde: 1. daß der gegenwärtige Besitzer der Pfandsache, weit entfernt, die Löschung zu fordern, die Schuld anerkannt und theilweise sogar abgetragen habe; 2. daß das Pfandrecht für dieselbe seit mehr als 15 Jahren einverleibt, daher ersessen sei. Die zweite und dritte Instanz gaben dem Klagebegehren, welches die erste abgewiesen hatte, statt, und zwar die zweite Instanz aus den nachstehenden Gründen, mit welchen die oberstgerichtlichen Motive übereinstimmen. „Der Geklagte B bestreitet vor Allem die Berechtigung der Kläger zur vorliegenden Klage, weil dieselben nicht mehr Eigenthümer dieser Haushälfte sind, sondern sie unbedingt an X verkauft haben, und Letzterer ohne Anspruch auf Gewährleistung für die auf der Realität haftenden Satzposten dieselbe übernommen und sich vertragsmäßig verpflichtet habe, die Forderung des B selbst zu bezahlen, ja sogar darauf schon eine Abschlagszahlung geleistet habe. Allein der über diese letztere Thatsache von dem Geklagten angebotene Zeugenbeweis wurde, wie der Geklagte selbst zugibt, nicht hergestellt, und eben so wenig kann aus dem Umstande, daß der Käufer gegen die auf der Realität haftenden Satzposten keine Einwendung gemacht hat, auf eine factische Anerkennung ihrer Richtigkeit und noch weniger auf eine Verzichtleistung hinsichtlich des ihm den Verkäufern gegenüber gemäß §. 928 a. b. G. B. zustehenden Rechtes auf Gewährleistung geschlossen werden. Die Kläger haben daher, um sich vor der künftigen Verantwortung zu verwahren, ein wesentliches Interesse, auf Löschung der fraglichen Satzposten zu dringen; es kann ihnen aber auch das Recht hierzu um so weniger abgesprochen werden, als sie hinsichtlich eines bedeutenden Kaufschillingsrestes noch gegenwärtig Satzgläubiger sind, und durch die Löschung der vorangehenden indebite haftenden Posten offenbar an hypothekarischer Sicherheit für ihre Forderung gewinnen. Der Umstand, daß der gegenwärtige Eigenthümer der Haushälfte an der Streitführung nicht theilnimmt, kann der Legitimation der Kläger um so minder nachträglich sein, als das Urtheil dem gegenwärtigen Hauseigenthümer, eben weil er nicht Streittheil ist, keinen Nachtheil bringen kann, und es die Sache des Klägers sein wird, seiner Zeit bei Ausführung des Löschungserkenntnisses, die Einwilligung des Eigenthümers sich zu verschaffen. Die weitere Behauptung des Geklagten, daß er durch die rechtskräftig erfolgte Eintragung seines Pfandrechtes bereits ein dingliches Recht erworben und dasselbe ersessen habe, ist nicht richtig; denn durch die grundbücherliche Eintragung des §. 10 des Testamentes des Z ist die fideicommissarische Substitution zu einem dinglichen Rechte geworden, welches, so lange dieser Paragraph

nicht gelöscht ist, auf der Realität haftet, und wornach alle späteren Pfandrechtseinverleibungen nur insofern als wirksam betrachtet werden können, als sie dem Substitutionsbande nicht nachtheilig sind. Daß ein solcher Vorbehalt nicht ausdrücklich in dem Bescheide gemacht wurde, entscheidet hier nicht, da die gedachte Beschränkung schon aus dem Grundbuchstande erhellt. Die Berufung des Geklagten auf die Ersitzung seines Pfandrechtes ist daher erfolglos, weil die Ersitzung bona fide nur unter der angedeuteten Beschränkung geschehen konnte."

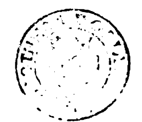
Nr. 90.

Executionsführung auf ein den öffentlichen Büchern nicht einverleibtes Kaufrecht.

Entsch. v. 16. Mai 1855, Nr. 4833 (Best. des den Bescheid des B. G. Gmunden v. 2. Jänner 1855, Nr. 9770 abänd. Bescheides des O. L. G. Wien v. 17. Jänner 1855, Nr. 617). G. Z. 1856, Nr. 10.

Der Gläubiger A bat um die Bewilligung der executiven Pfändung der seinem Schuldner aus dem nicht intabulirten Kaufvertrag auf das Schloß x wider das Stift y als Verkäufer zustehenden Rechte, so wie um Vornahme derselben durch die entsprechende Anmerkung auf der Kaufurkunde und Verständigung des Stiftes y. Die erste Instanz wies dieses Gesuch ab, weil die durch den Executen aus dem Kaufvertrag erworbenen Rechte der Landtafel nicht einverleibt seien, mithin das Quale und Quantum des Kaufrechtes nicht ersichtlich sei, und Executionsführer den Umfang desselben durch Vorlage des Kaufvertrages oder anderer Urkunden, die auf das Geschäft Bezug nehmen, nicht nachgewiesen habe. Die zweite Instanz bewilligte das Gesuch und trug dem Gerichtsbedienten auf, sich die bezüglichen Urkunden vorweisen zu lassen, hiernach die der Pfändung unterzogenen Rechte gehörig zu beschreiben, die Urkunde selbst mit der Anmerkung der vollzogenen executiven Pfändung zu bezeichnen und darüber Bericht zu erstatten, und zwar aus dem Grunde, „weil Forderungen und andere Rechte auch nach Art beweglicher Gegenstände in Execution gezogen werden können, und weil dem Executionsführer nur obliegt, die Güter anzuzeigen, worauf er greifen will, ohne daß ihm eine genaue Beschreibung und Nachweisung ihrer Qualität und Quantität zur Pflicht gemacht wäre". Die dritte Instanz bestätigte diese Entscheidung „in der Erwägung, daß das executive Pfändungsgesuch nicht dahin gerichtet ist, ein executives Pfandrecht auf das Schloß x zu erwirken, daher die Nachweisung, daß der Execut als Eigenthümer desselben in der Landtafel eingetragen ist, von selbst entfällt; in der Erwägung, daß von dem Executionsführer als Pfändungsobject jene Rechte bezeichnet werden, welche dem Executen aus dem übrigens nicht widersprochenen Kaufver-

trage auf das Schloß x und alle damit erkauften Objecte gegen das Stift y zustehen, — in der Erwägung, daß diese Rechte allerdings Gegenstand des Verkehrs sind, da der Berechtigte solche auch an einen Dritten abtreten und übertragen kann, daher sie gemäß §§. 298 und 448 a. b. G. B. auch als Pfand dienen können, und diese Eigenschaft nicht verlieren, wenn sie nicht urkundlich bescheinigt oder nicht intabulirt sind; in der Erwägung endlich, daß dieselben durch die Bezeichnung der dem Executen aus dem erwähnten Kaufvertrage zustehenden Rechte im Sinne des §. 340 a. G. O. hinreichend angezeigt sind."



Nr. 91.

Reservatwälder. Unzulässigkeit der Ersitzung derselben.

Entsch. v. 23. Mai 1855, Nr. 4695 (Abänd. der gleichförmigen Urtheile des B. G. Idria v. 25. Dec. 1853, Nr. 3052 und des O. L. G. Klagenfurt v. 26. Mai 1854, Nr. 1858). G. Z. 1855, Nr. 147—149.

Am 15. Juni 1853 brachte der Vormund des minderjährigen A im Namen dieses Letzteren eine Klage gegen die k. k. Cameralherrschaft und das Quecksilberbergwerk zu Idria unter Vertretung der k. k. Finanzprocuraturs-Abtheilung in Laibach ein, in welcher er geltend machte, daß sein Mündel Besitzer der Halbhube Nr. 37 in der Gemeinde Voiska sei, und daß nach der Mappe des k. k. Bergamtes Idria vom Jahre 1817 (Beilage E der Klage) und dem Confinirungsprotokolle vom 6. August 1817 (Beilage F der Klage) zu dieser Hub-Realität das Wald- und Hutweidenterrain Koinska rupa gehöre. Dieses Terrain habe A und seine Besitzvorfahren seit undenklichen Zeiten, gewiß aber seit mehr als 40 Jahren vom Anfange des Jahres 1850 zurückgerechnet, als einen Bestandtheil der gedachten Hube ruhig und ununterbrochen besessen und genossen, Holz darin gefällt und herausgenommen, Streu daraus bezogen, Vieh darin geweidet und überhaupt alle Eigenthums- und Nutzungsrechte darin ausgeübt, worüber der Beweis angeboten wurde. Erst im Jahre 1850 habe die geklagte Cameralherrschaft und das Quecksilberbergwerk Idria angefangen, den Besitzer in der Benützung jenes Grundes zu hindern. Es wurde demnach das Begehren gestellt, die geklagte Herrschaft sei schuldig, das gedachte Terrain als einen Bestandtheil der Halbhube Nr. 37 in Voiska, daher als ein Eigenthum des A anzuerkennen, und sich in Zukunft jeder Störung in der Benützung und in der Ausübung des Holzschlag-, Streu- und Weidrechtes bei sonstiger Execution zu enthalten.

Die k. k. Finanzprocuratur stellte in der Einrede die vom Kläger angeführten factischen Umstände in Abrede, und behauptete, daß das in Anspruch genommene Terrain ein Theil des Aerarialforstes, als solches

aber, da die Idrianer Reichsforste dem dortigen Bergbaue vorbehalten seien, der Privaterwerbung nicht unterliege. Sie stützte sich dabei im Wesentlichen auf nachstehende Ausführung: „Schon im Art. 1 der Bergordnung für die niederösterr. Lande vom 1. Mai 1553 ist bestimmt, daß alle Bergwerke sammt Wasserflüssen, Hoch- und Schwarzwäldern und anderen Zugehörungen, ohne welche die Bergwerke nicht mögen nützlich gebaut und in Aufnahme gebracht werden, dem Landesfürsten als Kammergut zustehen (d. i. daß deren Ertrag ohne Einfluß der Stände und Landtage als Regale dem Landesherrn gebühre). Diese Bestimmung wird dann in den Art. 101—116 dahin ausgeführt, daß diesem Regale auch die Wälder der Klöster und Schlösser und die eingeräumten Wälder der Bürger und Bauern rücksichtlich des Ueberschusses über die Hausnothdurft gegen ziemliche Vertragung (billige Vertragung resp. Vergütung) unterliegen und dem Bergrichter die Aufsicht und Zuweisung der Wälder an die Gewerke zustehe. Diese gesetzlichen Verfügungen enthalten nun das Waldreservat, d. h. die Widmung sowohl der eigenen landesfürstlichen, als der Privat-Hoch- und Schwarzwälder zum Betriebe des Bergbaues und des Hüttenwesens. Dieses Reservat wurde dann späterhin die Grundlage der im Jahre 1783 aufgehobenen Holz- und Kohlenwidmung, d. i. der Zuweisung bestimmter Districte von Staats- und Privatwaldungen an bestimmte Gewerken, sogestaltig, daß der Gewerke nur aus diesem Districte seinen Bedarf beziehen, und der zugewiesene Waldbesitzer nur diesem Gewerken sein Holz und seine Kohlen überlassen durfte. Die Aufhebung dieser eigenen Widmung erzeugte die Meinung, daß das Waldreservat selbst aufgehoben sei. Zur Widerlegung dessen erfloß das Hofdecret vom 14. Juni 1804 (Intimat der obersten Justizstelle vom 27. October 1805, Nr. 3762) dahin, daß die Meinung irrig sei: den Waldbesitzern wäre gestattet, auch die für den Bergbau reservirten Waldungen nach Gutdünken zu verwenden. Es sei daher den Güterbesitzern jeder Eingriff in das landesfürstliche Eigenthum und Bergregale bei schwerster Verantwortung zu verbieten. Es heißt darin auch, daß der allerhöchste Hof an die Aufhebung des Reservates nie gedacht habe, sondern daß vielmehr die reservirten Wälder fernerhin dergestalt vorbehalten bleiben, daß auch nie eine Verjährung gegen das Reservatsrecht Platz greifen könne. Hiedurch ist denn wirklich jede Verjährung nicht blos von 30 und 40 Jahren, sondern auch die von 100 Jahren ausgeschlossen, welche sonst im Allgemeinen bei den niederen Hoheitsrechten Statt hatte. Deshalb ist schon im Art. 1 und 114 der Ferdinandeischen Bergordnung vorgeschrieben, daß derjenige, der eine Freiheit der Wälder anzusprechen vermeine, die landesfürstliche Erlaubniß und Bewilligung vorzuzeigen habe. Er mußte also den Titel nachweisen, welche Nachweisung beim Platzgreifen der Immemorial-Präscription eben ausgeschlossen gewesen wäre. Da durch das a. b. G. B. vom Jahre 1811 die die Privatrechte beschränkenden, politische, Cameral- und Finanzgegenstände betreffenden Verordnungen aufrecht erhalten wurden, so erscheint auch das fragliche

Hofdecret und seine Grundlage nicht aufgehoben. Dies ist auch durch den §. 1472 a. b. G. B. bestätigt, womit die 40jährige Verjährung gegen den Fiscus, d. i. gegen den Verwalter der Staatsgüter und des Staatsvermögens, nur insoferne bestimmt wurde, insoweit die Verjährung gegen ihn überhaupt Platz greift. Der §. 1457 des a. b. G. B. unterwirft die Rechte des Staatsoberhauptes auf Waldungen der 40jährigen Verjährung, aber nur insoweit, als sie ihm nicht ausschließend vorbehalten sind. Zum Betriebe des Bergbaues geeignete Hoch- und Schwarzwälder sind aber vom Landesfürsten ausdrücklich vorbehalten, und dadurch vom §. 1457 a. b. G. B. ausgeschlossen, und zwar sowohl rücksichtlich des Reservatrechtes auf den Holzüberschuß über die Hausnothdurft in fremd-eigenthümlichen Hoch- und Schwarzwäldern, als auch rücksichtlich der Proprietät der dem Landesfürsten eigenthümlichen Wälder, die er nicht nach §. 20 a. b. G. B. mittelst einer im bürgerlichen Rechte gegründeten Erwerbungsart, also z. B. nicht durch Kauf, Tausch, sondern als Regale erworben hat. Regalien unterliegen also schon nach §. 20 a. b. G. B. keiner Beurtheilung nach dem Privatrechte. Landesfürstliche eigenthümliche Waldungen, für welche kein Privaterwerb vorliegt, gehören aber zu den durch das Privilegium Kaiser Friedrichs vom Jahre 1156 an das Erzhaus Oesterreich als Regale gekommenen Hoheitsrechten. Man würde aber in einen großen Widerspruch gerathen, wenn man blos das Reservatrecht der Privatwälder, d. i. deren Bestimmung zum Bergbau, als ein Hoheitsrecht ansehen, die Substanz der eigenen landesfürstlichen, nicht durch Privatrechtstitel vom Landesfürsten erworbenen Wälder aber von diesem Hoheitsrechte ausschließen wollte."

„Daß das nicht angehe, zeigt die allerhöchste Entschließung vom 15. April 1847, Nr. 1057, worin gesagt ist, daß in Kraft der alttirolischen Wald-Ordnungen sämmtliche Wälder Tirols, mit Ausnahme weniger Landestheile, allerdings ein Gegenstand des landesfürstlichen Hoheitsrechtes sind, insoferne nicht einzelne Wälder an Gemeinden oder Private von Sr. Majestät Vorfahren urkundlich verliehen worden waren. Ferner heißt es darin: 1. Das jeden Privatbesitz außer in Folge landesfürstlichen Verleihung ausschließende landesfürstliche Hoheitsrecht über die Wälder Tirols u. s. w. Hiemit ist doch unzweifelhaft die Ersitzung der Waldungen selbst, dem Landesfürsten gegenüber, ausgeschlossen. Erwägt man, daß der Vorbehalt der Hoch- und Schwarzwälder in eine viel ältere Zeit, als die Ferdinandeische Bergordnung, also in eine Zeit fällt, wo in Deutschland der römische Begriff der Servituten noch unbekannt war, wo also eine und dieselbe Sache verschiedenen Personen in verschiedener Richtung eigenthümlich sein konnte, z. B. das Wild, je nachdem es Hochwild war oder nicht, so war der Vorbehalt gewisser Nutzungen einer Sache nicht eine Servituts-Bestellung im späteren Sinne des Wortes, sondern ein Eigenthums-Vorbehalt. Diese Ansicht wurde durch die successiven Waldgesetze, die immer auf der Basis der früheren beruhten, nicht aufgehoben und durch das spätere römische Recht nicht ver-

drängt. Wenn nun jene Waldungen, rücksichtlich welcher der Landesfürst sich nur eine gewisse Benützungsart vorbehielt, keiner Verjährung unterliegen, so müssen wohl auch jene Waldungen, die dem Landesfürsten als Regale zukommen, und rücksichtlich welcher er keinen Nutzungszweig an einen Andern verliehen hat, also die landesfürstlichen eigenthümlichen Wälder von der Verjährung ausgeschlossen sein, da diese ein unbeschränktes, jene ein beschränktes Eigenthum der Landeshoheit sind."

„Daß sich das landesfürstliche Hoheitsrecht auf die landesfürstlichen eigenthümlichen Waldungen beziehe, zeigt das Forstdepurations-Gesetz vom 5. Juli 1853, Nr. 130 des R. G. Bl. im §. 2 in der Verfügung: „Nach den Bestimmungen dieses Patentes sind ferner alle Einforstungen, Waldnutzungs- und Weiderechte, welche in den dem Landesfürsten zufolge des Hoheitsrechtes zustehenden Wäldern verliehen, oder aus landesfürstlicher Gnade gestattet wurden, und zwar auch dann zu behandeln, wenn sie nach Maßgabe der über die Ausübung des Forsthoheitsrechtes bestehenden Gesetze und Vorschriften als widerruflich angesehen werden."

„Hier ist offenbar wieder jede privatrechtliche Ersitzung des Nutzungsrechtes in landesfürstlichen Hoheitswaldungen, um so gewisser noch die der Substanz von landesfürstlichen Regalitätswaldungen, ausgeschlossen. Das allgemeine Berggesetz vom 23. Mai 1854, Nr. 146 des R. G. Bl. sagt im Kundmachungspatente Art. IV: „„An den in den älteren Berggesetzen enthaltenen Bestimmungen über das landesfürstliche Hoheitsrecht hinsichtlich der Waldungen und über andere Gegenstände, über welche das gegenwärtige Gesetz keine Vorschriften enthält, wird durch dasselbe nichts geändert."" Hiedurch sind nun wieder die älteren, nicht dem eigentlichen Privat-, sondern dem Staatsrecht angehörigen Verfügungen in Wirksamkeit erhalten, insoweit solche nicht durch spätere, aus gleicher Quelle und gleicher Richtung erflossenen Vorschriften abgeändert sind."

„Was nun in specie das Bergwerk Idria betrifft, so ist solches nicht inkatastrirt, sondern ein Kammergut, also ein regale principis. Es kann sonach die Behauptung des Klägers, daß die Herrschaft und überhaupt der Complex von Idria von dem Landesfürsten jure privatorum besessen werde, insoweit damit die Regalitätseigenschaft dieser Besitzung etwa bestritten werden sollte, nicht zugegeben werden. Die Bergverordnung vom Jahre 1580 für Idria beruft sich ausdrücklich auf die Ferdinandeische Bergordnung und das dortige Bergamt hatte immer ein eigenes Waldamt und besondere Strafgesetze gegen die Waldexcedenten zur Sicherung der für den dortigen Bergbau bestimmten Waldungen. Die Waldordnung für Krain vom 13. November 1771 beruft sich am Schlusse auf die Ferdinandeische Bergordnung. Die allerhöchste Entschließung vom 22. Februar 1766 und die Hofkanzlei-Verordnung vom 27. Jänner des nämlichen Jahres an die Landeshauptmannschaft in Krain verordnen, daß in den reservirten Waldungen ohne Einverständniß des Bergamtes und ohne besonderen Consens der Landesfürsten nichts

ausgerottet oder zu einem anderen Genusse verwendet werden dürfe. Das von der Münz- und Bergwesen-Hofkammer am 1. Juni 1793, Nr. 661, „für die zum k. k. Quecksilberbergwerke Idria sowohl eigenthümlich gehörigen Cameral-, als auch reservirten Waldungen" erlassene Strafnormale verbietet in Art. 20 das Abbranden und Ausreuten in den von den Unterthanen zum Genusse habenden ärarischen Gemeinden bei Strafe des Arrestes auch in Eisen, und dehnt diese Bestimmung in Art. 25 auch auf die reservirten Waldungen aus. Es wurden also die eigenen, wie die fremden zum Bergbaue bestimmten Waldungen zum Vortheile dieses Letzteren gleichmäßig geschützt. Bei der Recuperirung von Krain wurde mit Gubernial-Verordnung vom 31. August 1816, Nr. 9275, die steirische Waldordnung vom Jahre 1767 in Krain eingeführt, die schon im 1. Artikel alle Hoch- und Schwarzwälder als Zugehör des Bergbaues, als Kammergut insoweit erklärt, als ein Prätendent nicht eine k. k. landesfürstliche authentische Concession oder derlei giltiges Privilegium hätte. Unzweifelhaft ist wohl auch damit, wie für Tirol anerkannt wurde, die Ersitzung von zum Bergbaue gehörigen Wäldern gegen den Landesfürsten ausgeschlossen. Da nun nach der Actenlage wohl unzweifelhaft die Kionska rupa im Bergbezirke von Idria liegt, da sie sogar von ärarischen Waldungen umgeben ist, in deren Bestimmung die Verwendung für den Bergbau liegt, so müssen wohl die Anordnungen der Berg- und Forstgesetze darauf Anwendung haben, nachdem deren Eigenschaft, insoweit sie Wald ist, als Hoch- und Schwarzwald gar nicht bestritten, auch an dieser Eigenschaft nach der Natur der Sache gar nicht zu zweifeln ist, und zwar um so weniger, als es sich eigentlich nur darum handelt, ob die fragliche Parcelle ein Theil des landesfürstlichen Waldes, ein regale principis sei, wofür die anstoßenden ärarischen Waldungen, als Bestandtheile des Kammergutes Idria, jedenfalls angesehen werden müssen."

Außerdem wurde von Seite der geklagten Finanzprocuratur unter Nr. 5 der Einrede eine von Anton Mrak im Jahre 1769 aufgenommene Mappe, und Nr. 6 ein Grenzbeschreibungsprotokoll vom nämlichen Jahre producirt, aus welchem erhellt, daß das streitige Terrain Koinska rupa nicht zum Grundbesitz des Klägers gehöre.

Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt: Sie sah es als durch Zeugenaussage erwiesen an, daß A und dessen Besitzvorfahren das Wald- und Weidenterrain Koinska rupa nach den altersher bestandenen und im Jahre 1817 erneuerten Grenzen als einen Bestandtheil der zu Voiska sub N. Consc. 37 gelegenen behausten Realität seit mehr als 40 Jahren, selbst vom Jahre 1847 an zurückgerechnet, ruhig, öffentlich und ununterbrochen besessen und genossen haben. Kläger und Besitzvorfahrer hätten daher dieses Wald- und Hutweidenterrain nach §§. 1452 und 1460—1466 a. b. G. B. ersessen. Die Einwendung, das Wald- und Hutweidenterrain Koinska rupa sei ein regale principis, könne hier keine Beachtung finden, da durch die Zeugenaussage erwiesen ist, daß

dieses Terrain seit Menschengedenken zur besagten Realität gehörte, und da es andererseits nicht gerichtsordnungsmäßig dargethan sei, daß es in das Regale einbezogen worden, zumal die Particularkarten vom Jahre 1769 nicht für geeignet erkannt wurden, um auf Grundlage dieses Behelfes dem Kläger das Eigenthum abzusprechen.

Die zweite Instanz bestätigte dieses Urtheil, „da weder das a. b. G. B., noch ein nachträgliches Gesetz bestimmen, daß kein Theil eines Reichsforstes beim Eintritt aller gesetzlichen Bedingungen ersessen werden könne; da überdies von der geklagten Finanzprocuratur nicht erwiesen wurde, daß das streitige Terrain **Koinska rupa** je ein Reichsforst gewesen sei, daher dieses Terrain durch Ersitzung immerhin erworben werden konnte, da endlich der 40jährige Besitz von Seite des minderjährigen Klägers und seiner Besitzvorfahren auf der Hubrealität Nr. 37 durch ganz unbedenkliche Zeugen dargethan worden."

Die dritte Instanz wies das Klagbegehren aus folgenden Gründen ab: 1. Die Beschwerde der k. k. Finanzprocuratur, daß die die l. f. Regalien betreffenden gesetzlichen Bestimmungen von den Unterbehörden im heutigen Processe nicht beachtet worden seien, ist begründet. 2. Daß das fragliche Terrain **Koinska rupa** im Bergwerksbezirke Idria gelegen, in der Mappe Nr. 5 und im Verainungsprotokolle Nr. 6 von 1769 als ein Bestandtheil der klägerischen Hube nicht enthalten, nach diesen Actenstücken ein Theil der dortigen landesfürstlichen Schwarzwaldung sei, kann nach der Actenlage und bei dem Umstande nicht bezweifelt werden, als die Acten Nr. 5 und 6 vom landesfürstlichen Waldamte in Amtssachen errichtet, über das, was sie enthalten, vollen Beweis machen, die Form dieser Urkunden aber nach späteren, nur die Beweise in Privatsachen regelnden Gesetzen nicht beurtheilt werden können und Kläger selbst angibt, daß die **Koinska rupa** zum Theil noch Wald sei, folglich es auch war. 3. Das lange vor der Ferdinandeischen Berg- und Waldordnung vom 1. Mai 1553 bestandene Forstregale ist durch dieses Gesetz, durch die Bergordnung für Idria von 1580, welche sich auf die frühere bezieht, nicht aufgehoben, sondern diese durch die allerhöchste Verordnung vom 22. Februar 1766, durch die Waldordnung für Krain vom 23. November 1771, durch die für das Kammergut Idria speciell ergangene Waldexcessen-Bestrafungsvorschrift der k. k. Hofkammer im Münz- und Bergwesen vom 11. Juni 1793, Nr. 5061, welche in Montansachen für die von den Ständen und Landtagen eximirten Kammergutsbezirke allein maßgebend war, so wie die mit steirischer Gubernial-Verordnung vom 31. August 1816, Nr. 9275, in Krain adoptirte Waldordnung von 1767 nur bestätigt worden. Das mit Verordnung der obersten Justizstelle vom 27. October 1805, Nr. 3762, dem k. k. Appellationsgerichte in Klagenfurt zur weiteren Kundmachung mitgetheilte Hofkanzleidecret v. 14. Juni 1804, erklärend, daß durch die Aufhebung der Holz- und Kohlenwidmung das landesfürstliche Waldreservat nicht aufgehoben sei und gegen dieses Waldreservat keine Verjährung Platz greife, verbietet den Güterbesitzern

jeden Eingriff in das landesfürstliche Waldeigenthum und Bergregale bei schwerer Verantwortung. Schon nach den obigen früheren Gesetzen waren Wälder, die der Landesfürst als Regale besaß, kein Gegenstand der Erwerbung der Unterthanen auf einem anderen Wege, als dem der landesfürstlichen Verleihung oder eines Privilegiums; sie waren somit von der Ersitzung dem Landesfürsten gegenüber ausgeschlossen, womit offenbar der Connivenz und Indolenz der zur Bewahrung des landesfürstlichen Regale bestellten Beamten vorgebeugt werden sollte, deren Sache es zunächst war, Anmaßungen auf die Hoheitswälder durch Bestrafung der Contravenienten, durch Auszeigung, Anweisung, Abgrenzung der landesfürstlichen Wälder vom Privatbesitz entgegenzutreten. Die Fortdauer dieses, durch ein eigenes Kammergutswaldamt bewahrten Hoheitsrechtes erhellt auch aus dem Kundmachungspatente zum a. b. G. B., wodurch die die Privatrechte beschränkenden, besonderen politischen und Cameralgesetze aufrecht erhalten wurden, erhellt aus dem §. 20 a. b. G. B., wonach dieses G. B. nur auf solche Rechtsgeschäfte des Landesfürsten Anwendung hat, die aus einer Erwerbung desselben nach dem Privatrechte zu beurtheilen sind, wohin Regalien nicht gehören, aus den §§. 1472, 1457 a. b. G. B., welch' letzterer Paragraph hier die Verjährung ausschließt, weil die dem Landesfürsten als Regale zustehenden Waldungen durch specielle Gesetze ihm wirklich vorbehalten sind. Der Fortbestand dieses Regales ist endlich noch klar ausgesprochen im Hofdecrete vom 15. April 1847, Nr. 1057 J. G. S., im Depurationsgesetze vom 5. Juli 1853, §. 2, Nr. 130 R. G. Bl. und im neuesten Berggesetze Art. IV. vom 23. Mai 1854, Nr. 146 R. G. Bl."

Nr. 92.

Entscheidung über den Bestand des Pfandrechts im Liquidirungsurtheil.

Plenarentscheidung vom 24. Mai 1855, Nr. 3637 (Aufhebung des das Urtheil der Prätur San Benedetto v. 3. Sept. 1854, Nr. 2346 theilweise aufhebenden Decretes des O. L. G. Mailand vom 11. Jänner 1855, Nr. 12579). G. Z. 1858, Nr. 41.

Nr. 93.

Verletzung einer der im §. 579 a. b. G. B. vorgeschriebenen Testamentsförmlichkeiten.

Entsch. v. 29. Mai 1855, Nr. 3363 (Best. des das Urtheil der Prätur Treviglio v. 12. Oct. 1854, Nr. 5315 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 12. Jänner 1855, Nr. 12889). Gaz. d. Trib. 1855, S. 473 ff.

Die M hatte ihr von einem Dritten geschriebenes Testament in Gegenwart dreier Zeugen mit ihrem Namen und dem Beisatz „als Testirende" unterfertigt, wobei jener Dritte ihr jeden Buchstaben vorsagte. Die Zeugen, welche lesen können, haben sich dicht daneben „als Testamentszeugen" unterfertigt, müssen aber bestätigen, daß die Erblasserin nicht in ihrer Gegenwart erklärt habe, daß die Urkunde ihren letzten Willen enthalte. Die erste Instanz hielt das Testament aufrecht, indem sie bemerkte: „Berücksichtigt man den Ausdruck: „„als Testirende"", welchen die M von sich selbst gebraucht hat, und welchen die Zeugen sowohl ihr vorsagen hörten, als von ihr schreiben sahen, während sie selbst zu gleicher Zeit sich „„als Testamentszeugen"" mit unterfertigten, so gelangt man zu der logisch-juristischen Folgerung, daß die ausdrückliche Erklärung der Erblasserin, daß die vorliegende Urkunde ihren letzten Willen enthalte, durch ein ebenso bestimmtes als klares und verständliches Zeichen ersetzt worden sei, und daß auch die Zeugen diese Bestätigung entgegengenommen haben, indem sie sich als Testamentszeugen unterfertigten. Wenn die im §. 579 vorgeschriebene Erklärung, gleich allen von unserem Gesetze eingeführten Förmlichkeiten (wie Zeiller bemerkt) bloß zu größerer Vorsicht und um die Giltigkeit der Acte zu sichern, angeordnet sind, und wenn nun diese Absicht des Gesetzes mit ebenso großer apodiktischer Gewißheit und auf ebenso beruhigende Weise durch andere Mittel zu erreichen ist; so wird man wohl nicht leugnen können, daß der Sinn und die Bedeutung der erwähnten Ausdrücke ganz im Geiste der vorgeschriebenen Formalitäten den Beweis der Erfüllung der Erfordernisse eines giltigen Testamentes herstellen. Es existirt keine Vorschrift und auch die Regeln der Hermeneutik führen nicht darauf, daß die Formalität des erwähnten Paragraphes in einer materiell bindenden Weise taxativ angeordnet sei; es muß also gestattet sein, statt derselben ein anderes ebenso sicheres und ebenso wenig einem Zweifel Raum gebendes Mittel anzuwenden, um zu beweisen, daß die Erblasserin den Inhalt der Urkunde, da sie dieselbe las, als eine ihrem Willen entsprechende Erklärung genehmigte, daß dieses in Gegenwart der gesetzlich vorgeschriebenen Anzahl von Zeugen geschah, und daß diese letzteren sich Gewißheit davon verschafften, ohne dabei der Gefahr einer Täuschung oder eines Irrthums ausgesetzt zu sein. Es ist klar, daß bei einem geschriebenen Testamente der Wille des Erblassers in der Urkunde selbst bereits ausgedrückt ist, da der Erblasser dieselbe eben dadurch auf das Entschiedenste bestätigt, daß

er sie unterfertigt, und er auf eine keinem Zweifel Raum lassende Weise seine Zustimmung den anwesenden Zeugen zu erkennen gibt. Es ist also auch klar, daß die Bestimmung des §. 579 nicht übertreten worden, daß vielmehr, trotz der entgegengesetzten Behauptung der Klägerin, der Anordnung des Gesetzes Genüge geschehen sei."

Das Oberlandesgericht gab dagegen dem Klagbegehren statt, und zwar aus folgenden Gründen: Die Resultate des aufgenommenen Zeugenbeweises, die Fassung, Beschaffenheit und große Anzahl der im Testamente enthaltenen Bestimmungen, das directe und indirecte Interesse Desjenigen, welcher dasselbe heimlich verfaßte, die Mühe, welche er darauf verwendete, die Errichtung des Testamentes geheim zu halten, indem er sogar als einen der Zeugen seinen Bedienten beizog, die ungewöhnlichen Formalitäten, — dieses Alles läßt es dem Gerichtshofe zweifelhaft erscheinen, ob die erwähnte Urkunde wirklich die wahre, bestimmte ernstliche und freie Willenserklärung der Erblasserin, wie sie nach §. 565 a. b. G. B. nöthig ist, enthalte, und da sich nun in Bezug auf diese Schrift ergibt, daß nicht alle im Gesetze vorgeschriebenen Formalitäten, von deren Beobachtung die Giltigkeit abhängt, erfüllt worden sind, findet das Oberlandesgericht sich bestimmt, sich vielmehr der Behauptung der Klägerin zuzuneigen und nicht für die Giltigkeit und Unanfechtbarkeit des fraglichen Testamentes zu entscheiden."

Diese Entscheidung wurde vom obersten Gerichtshofe bestätigt, „in der Erwägung, daß §. 579 a. b. G. B. mit Bestimmtheit und kategorisch anordnet, daß in dem Falle, wo das Testament von fremder Hand geschrieben und vom Erblasser nur unterschrieben wird, der Letztere in Gegenwart der bestimmten Anzahl von Zeugen erklären müsse, daß die Urkunde wirklich seinen letzten Willen enthalte, — daß die Nichtbeobachtung dieser wesentlichen Förmlichkeit nothwendig und unvermeidlich die im §. 601 a. b. G. B. angeordnete Ungiltigkeit des Actes zur Folge hat, da es nach dem Buchstaben und Sinne des Gesetzes keineswegs genügt, daß die Zeugen einfach bei einer wie immer beschaffenen Unterschrift einer Urkunde zugegen seien, auch wenn diese sich ihrem Inhalte nach als eine letztwillige Erklärung schließlich herausstelle; in der Erwägung, daß im vorliegenden Falle die Zeugen bei ihrem Eid bestätigen, daß von Seite der Erblasserin, als sie sich auf der fraglichen Urkunde als Testamentszeugin unterschrieben, eine solche bestimmte Erklärung nicht abgegeben wurde, endlich in Berücksichtigung der Gründe des Oberlandesgerichtes."

Nr. 94.

Versicherung einer fremden Sache.

Entsch. v. 29. Mai 1855, Nr. 5129 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia vom 4. Dec. 1854, Nr. 12862 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 21. Febr. 1855, Nr. 1909). Gaz. d. Trib. 1855, S. 639 ff.

A hatte bei der Assecuranzgesellschaft Riunione Adriatica ein Haus versichert, welches er für längere Zeit in Bestand genommen hatte. Das Haus brannte ab; allein die Gesellschaft weigerte sich den Brandschaden zu vergüten, indem sie behauptete, A habe sich für den Eigenthümer des Hauses ausgegeben, und jedenfalls habe er keine Verpflichtung, also auch kein Interesse gehabt, das fremde Haus zu versichern; es sei daher nicht nur in Gemäßheit der Statuten, welche an jede falsche Angabe die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages knüpfen, sondern auch nach allgemeinen Grundsätzen, nach welchen jede Obligation ein Interesse voraussetze, eine Verpflichtung der Gesellschaft dem Kläger gegenüber nicht vorhanden. Die Thatsache, daß A wirklich sich für den Eigenthümer des Hauses ausgegeben, betrachtet die erste Instanz als erwiesen; die zweite nimmt das Gegentheil an. Allein beide Instanzen stellen diesen Punkt in den Hintergrund. Ganz abgesehen davon aber erklärt die erste Instanz das Klagebegehren für unhaltbar, indem sie bemerkt: „Wenn nach §. 1288 a. b. G. B. die Verhütung eines Schadens der Zweck des Versicherungsvertrages ist, so kann daran nicht gezweifelt werden, daß der Versicherte Eigenthümer der Sache, auf welche der Versicherungsvertrag sich bezieht, oder doch wenigstens für die Erhaltung derselben dem Eigenthümer gegenüber verantwortlich sein müsse; denn wäre das nicht der Fall, so würde aus dem Vertrage eine Wette, und zwar eine wegen des Anlasses, der dadurch zu den ärgsten Mißbräuchen gegeben werden könnte, unerlaubte Wette. Die Versicherungsgesellschaften, welche der erfinderische Menschengeist zu dem Zwecke hervorgebracht hat, um die moralischen und materiellen Interessen unserer Gesellschaft besser zu sichern, können sich von diesen Rücksichten des öffentlichen Wohles und der öffentlichen Sittlichkeit nicht lossagen, und es kann daher auch die Riunione Adriatica, welche unter dem Schutze der Regierung sich als Versicherungsgesellschaft constituirt und von ihr ein specielles Privilegium erlangt hat, den Zweck einer solchen Institution nicht aus den Augen verlieren, welcher darin besteht, für einen Schaden Vergütung zu gewähren, nicht aber, einen Gewinn für den Fall des Eintrittes eines gewissen Ereignisses zuzusichern. Allerdings ist es wahr, daß die Polizzen der Gesellschaft ausdrücklich den Fall vorsehen, daß der Versicherer nicht Eigenthümer des versicherten Hauses ist; allein, da man nicht davon ausgehen kann, daß es der Versicherungsgesellschaft gestattet sei, die erwähnten Grundsätze des Rechts und der öffentlichen Ordnung zu verletzen, auf denen ihre Institution beruht, muß man wohl annehmen, daß jener Artikel der Po-

lizze nur solche Stipulationen vor Augen hat, auf welche die Gesellschaft giltig sich einlassen kann; die Fälle nämlich, wo der Versicherte die Verantwortlichkeit für die Erhaltung der Sache eines Anderen übernommen hat, und daher verpflichtet ist, entweder sie gegen Feuerschaden zu versichern, oder wo er selbst für den durch Feuer angerichteten Schaden in jedem Falle zu haften hat."

Die beiden höheren Instanzen verurtheilten die Versicherungsgesellschaft zur Zahlung des Versicherungsbetrages, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Es kann sowenig daran gezweifelt werden, daß der Versicherte ein Interesse an der versicherten Sache haben müsse, als es zweifelhaft ist, daß A bei der geklagten Versicherungsgesellschaft das Haus nicht als Geschäftsträger des Eigenthümers, sondern lediglich in seinem eigenen Interesse versichert habe. Die Versicherungsgesellschaft wußte in dem Augenblicke, wo der Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde, daß A das Haus eines Andern versichere, und daß er als Bestandnehmer der Realitäten, zu welchen dieses Haus gehörte, allerdings ein Interesse an der Erhaltung desselben hatte. A bedurfte desselben, um darin seinen Arbeitern eine Wohnung anzuweisen, um dort das Vieh unterzubringen und verschiedene Gegenstände aufzubewahren. Da das Haus ihm somit unentbehrlich war, wenn er aus dem auf lange Zeit abgeschlossenen Pachtvertrage den vollen Nutzen, den er davon erwartete, ziehen wollte, mußte er auch dafür sorgen, daß dieses Haus ihm niemals fehlen werde. Nun könnte es aber im Falle der Zerstörung des Hauses und namentlich einiger Nebenbestandtheile desselben geschehen, daß die Eigenthümer entweder nicht geneigt oder nicht im Stande wären, sogleich den Neubau auszuführen, und deshalb mußte A, der ein Interesse an der unmittelbaren Wiederherstellung des Hauses hatte, dasselbe versichern. Allerdings läßt sich mit Rücksicht auf die bestehenden Grundsätze annehmen, daß A im Falle einer zufälligen Zerstörung des fraglichen Hauses die Eigenthümer auf Wiederherstellung belangen könnte; allein daraus folgt noch nicht, daß er nicht ein Interesse hatte, zu demselben Zwecke einen Dritten zu obligiren, welcher ihm nicht Einwendungen entgegenstellen konnte, wie sie vielleicht dem Eigenthümer zur Verfügung standen, und bezüglich dessen er sicher war, daß er die erforderlichen Mittel besitze. — A hatte also allerdings das Recht, die geklagte Gesellschaft auf Wiederherstellung des durch Feuer beschädigten Hauses zu belangen, und es konnte ihm nicht die Einwendung entgegengestellt werden, daß er sich dadurch bereichern wolle; denn er hat jedenfalls kein Recht, sich von dem Eigenthümer des Hauses den Vortheil wieder vergüten zu lassen, der für diesen aus dem Versicherungsvertrage erwächst.... Die geklagte Gesellschaft will ferner jedenfalls nicht für den Werth des Hauses, obgleich dieser bei ihr versichert wurde, haften, sondern nur für den Schaden, den der Versicherte als Bestandnehmer durch den zeitweiligen Entgang des Gebrauchs dieses Hauses erleidet, und sie verlangt daher, daß der ihm zugesprochene Betrag entsprechend herabgesetzt werde. Allein zu

diesem Zwecke hätte sie die Verpflichtung gehabt, die Ziffer anzugeben, auf welche herabzugeben sei, und das Material herbeizuschaffen, das nöthig ist, um diese Reduction mit Sicherheit vornehmen zu können, welcher Verpflichtung sie nicht nachgekommen ist."

Nr. 95.

Auf Abänderung der Feilbietungsbedingnisse gerichtetes Begehren einer an der Execution nicht betheiligten Person.

Entsch. v. 5. Juni 1855, Nr. 2701 (Best. des Bescheides des L. G. Bergamo v. 6. Nov. 1854, Nr. 10247, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 6. Dec. 1854, Nr. 12271). Gaz. d. Trib. 1855, S. 398, 399.

Die Brüder A und B besitzen gemeinschaftlich ein Haus, welches in Folge eines am 3. October 1842 ergangenen Schiedsspruches durch von den Brüdern zu ernennende Sachverständige getheilt werden soll. Im Jahre 1854 erwirkte C, ein Gläubiger des B, die executive Feilbietung der dem letzteren gehörigen ideellen Hälfte jenes Hauses. Nun bringt A eine Klage ein, in welcher er verlangt, daß erkannt werde: es sei in den Feilbietungsbedingnissen dem Ersteher die Verpflichtung aufzuerlegen, sich in Vollziehung jenes Schiedsspruches an der Ernennung der Sachverständigen zu betheiligen. Die erste Instanz stellte die Klage als unregelmäßig und zur Veranlassung eines Proceßverfahrens nicht geeignet zurück. Die zweite Instanz hob zwar diesen Bescheid auf und verfügte die ordnungsmäßige Erledigung der Klage; allein der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, „in der Erwägung, daß A zu dem zwischen B und C bestehenden Rechtsverhältniß und der von letzterem geführten Execution keine Beziehung hat; daß seine mit Unrecht als Klage bezeichnete Eingabe zuletzt doch nur darauf berechnet ist, dem Executionsführer eine Last aufzuerlegen oder die Bedingungen einer Feilbietung zu modificiren, welche ihn unmittelbar nicht betrifft; daß aber eine solche Aenderung der bereits festgestellten Feilbietungsbedingnisse nicht bewilligt werden kann, weil die Gerichtsordnung sie nicht kennt, weil A ein unmittelbares Interesse oder Recht an dem Vermögen des Executen nicht darthut, und er also eine ungerechtfertigte Einmischung in einen Act des Gerichtes oder eine Einwirkung auf dessen Folgen für sich in Anspruch nimmt, welche ihm nicht einmal dann zukäme, wenn B freiwillig die Versteigerung vornähme".

Nr. 96.

Wirkung der Cession von Bestandzinsen gegenüber einem älteren Pfandrecht an der in Bestand gegebenen Realität.

Entsch. v. 5. Juni 1855, Nr. 3990 (Best. des das Urtheil der Prätur Mailand vom 3. Jänner 1855, Nr. 55179 abänd, Urtheils des O. L. G. Mailand vom 1. März 1855, Nr. 2130). Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 341 ff. Eco d. Trib. 1856, S. 333 ff.

C hat an der Realität des X das Pfandrecht am 10. August 1850 erworben; am 9. März 1853 erwirkte er die executive Pfändung und am 1. Juli 1853 ward ihm die executive Einantwortung der Pachtzinse, welche der Pächter B von dieser Realität zu zahlen hat, bewilligt. — Inzwischen aber war im Jänner 1853 zwischen dem Executen X und A, einem anderen Gläubiger desselben, ein gerichtlicher Vergleich abgeschlossen worden, vermöge dessen ersterer dem letzteren unter Intervention des Pächters B seine Pachtzinsforderung zur Sicherstellung einer anderen Forderung „abtrat und anwies". Nun verlangt A von B die Zahlung des Pachtzinses; dieser, welcher fürchtet, zweimal zahlen zu müssen, geht C um Vertretungsleistung an, und letzterer macht geltend, daß sein schon früher erworbenes Pfandrecht auch die Civilfrüchte mitumfasse.

Die erste Instanz weist das Klagebegehren aus diesem Grunde ab; die zweite und dritte Instanz jedoch geben ihm statt.

Gründe der dritten Instanz: „Die Anweisung der am 10. August 1853 fällig gewordenen Rate des Pachtzinses zur Befriedigung des A ist früher erfolgt, als die zu Gunsten des C; auch ist sie vollständig geworden, weil sie der Assignat B angenommen hat. (§. 1401 a. b. G. B.)... C beruft sich zwar auf sein älteres Pfandrecht und... auf die Bestimmung des §. 457 a. b. G. B.; allein er übersieht, daß er die Sequestration der Früchte nicht erwirkt hat, und daß diese daher im Augenblick der Trennung von Grund und Boden aufhörten, ein Zugehör des Grundes und daher ein Gegenstand der Hypothekarklage zu bilden. (§. 294 a. b. G. B.) Somit sind seine Ansprüche selbst vom Gesichtspunkte des dringlichen Pfandrechts aus nicht haltbar.... Allein es ist noch zu bemerken, daß der Gegenstand der Anweisung eine Geldsumme ist, nicht aber in natürlichen Früchten besteht; der Kläger bedurfte also, um ein Recht darauf zu erlangen, der Eintragung in die öffentlichen Bücher gar nicht; es genügte, daß sein Schuldner X ihm seine Pachtzinsforderung an B anwies, und daß letzterer die Anweisung annahm. Da nun das Pfandrecht eine Sicherstellung, nicht aber Eigenthumsrecht verschafft, auch thatsächlich das des Pfandschuldners nicht einschränkt, so kann trotz des Pfandrechtes ein abgetrenntes Zugehör der Pfandsache giltig in's Eigenthum eines Dritten übergehen. In der That können Bestandzinse den natürlichen Früchten des Grundes nicht in dem von den Geklagten geltend gemachten Sinne gleichgestellt werden; sie sind rein zufällige Civil-

früchte, nicht „„Zuwachs und Zugehör des Pfandes"", wovon im §. 457 a. b. B. G. die Rede ist; denn in Bezug auf sie besteht in der Regel nur ein Obligationsverhältniß zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer, und es steht daher dem ersteren frei, darüber solange nach Belieben zu verfügen, als sie nicht von Pfandgläubigern nach §. 383 ital. G. O. (394 westgal. G. O., Hofdecret vom 12. October 1790, Nr. 63, Wessely I. Nr. 1097) und §. 412 ital. G. O. (§. 423 westgal. G. O.) mit Sequester belegt sind."

Nr. 97.

Auslegung einer letztwilligen Erklärung: Legat einer Rente zu Gunsten des im Testament ernannten Vormunds oder Anordnung einer jährlichen Remuneration desselben?

Entsch. v. 5. Juni 1855, Nr. 5346 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 1. Mai 1854, Nr. 2816, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 19. Oct. 1854, Nr. 14117). Eco d. Trib. 1855, S. 257 ff. 266 ff. Giorn. d. Giurispr. pr. 1856, S. 277 ff.

Ein Testator hatte den A zum Vormund seiner Kinder, zum Testamentsexecutor und zum Vermögensverwalter mit sehr ausgedehnter Vollmacht ernannt; hinzugefügt war der Satz: „Auch hinterlasse ich ihm für die Dauer seines Lebens 90 Lire monatlich", und die Bitte, für den Fall, daß er vor dem 25. Lebensjahre des Erben Joseph sterbe, sich einen anderen gleichbefähigten Mann zu substituiren. A übernahm die ihm aufgetragenen Geschäfte, ließ sich aber wegen Schwierigkeiten, die ihm die Familie machte, davon nach drei Jahren wieder entheben und bestellte auch keine Substitution. Nun wurde auch die Zahlung der erwähnten Pension eingestellt. Die erste und dritte Instanz erkannte sie ihm jedoch — abweichend von der zweiten — zu, und zwar der oberste Gerichtshof: „in der Erwägung, daß an das Legat... die Verpflichtung zur Führung' der Verwaltung nicht derart geknüpft ist, daß letztere als Bedingung und das Legat selbst nur als Lohn für eine Dienstleistung anzusehen wäre; daß... das Legat auf Lebenszeit ausgesetzt ist, während jener Auftrag auf eine gewisse Zeit eingeschränkt bleibt,... daß endlich dem etwaigen Nachfolger, den sich der Kläger für den Fall seines Todes bestellt, keine Vergütung ausgesetzt ist."

---

der Stadtbehörden, in welcher diese gelegentlich von ihm und seinen Besitzvorgängern die Erlaubniß erbeten hatte, Schnee u. dgl. zeitweilig auf jenem Platze ablagern zu dürfen.

Das Eigenthumsrecht des A wird in allen drei Instanzen anerkannt; dem vollen Klagebegehren gibt aber nur die zweite Instanz statt. Die beiden anderen sprechen aus, daß die Stadtgemeinde B an jenem Platze eine Servitut des Durchganges und der Durchfahrt erworben habe.

Gründe der ersten Instanz: „Das römische Recht, welches sowohl ihm Jahre 1788 als auch in der ganzen Zeit bis zur Einführung des französischen Gesetzbuches in der Lombardei Geltung hatte, erkannte an, daß Servituten durch langjährigen Gebrauch erworben werden können, und erklärte ausdrücklich den Nachweis eines Titels für unnöthig, wie aus L. 10. D. si serv. vind. (8,5), wo es heißt: **Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario**; — dann aus L. 1. §. 23 i. f. D. de aqua et aqua pluv. (39, 3), wo es heißt: . . . **vestustatem vicem legis tenere; sane enim in servitutibus idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine, vel ex jure impositam servitutem videatur** hervorgeht, weßhalb Faber bemerkt: **Possessio servitutis sufficit ad tollendam illam praesumptionem juris, quae facit, ut omnia praedia pro liberis habeantur** . . . . Es ist demnach Rechtsgrundsatz in Bezug auf Servituten, daß der Besitz eine Vermuthung begründet, welche stärker ist, als jede andere Vermuthung, selbst als die der Freiheit des Eigenthums. Dieser Anschauung hat sich auch das österreichische a. b. G. B. angeschlossen, da es sich in dem ganzen betreffenden 7. Hauptstück des II. Theils an die obersten Principien des römischen Rechtes hält, und überdies im §. 480 anerkennt, daß die Verjährung den Titel der Servitut begründen könne, wodurch also aus der Verjährung an und für sich ein besonderer, ganz eigenthümlicher Titel zur Erwerbung der Servitut gemacht und aus der Duldung und dem passiven Verhalten des Eigenthümers die Vermuthung abgeleitet wird, daß er auf das Recht verzichtet habe, sich dem Gebrauche seiner Sache zu widersetzen, welcher in Folge dieser Zustimmung ohne Weiteres zu Gunsten desjenigen, der ihn gemacht und durch mehr als dreißig Jahre fortgesetzt hat, gerechtfertigt und perpetuirt wird. Im vorliegenden Falle nun ist daran nicht zu zweifeln, daß der Durchgang, welchen vielleicht ursprünglich der Marchese L sehr gern deßhalb gestattet hat, weil er seine Eitelkeit darin befriedigt fand, daß der Platz den Namen seines adeligen Hauses führen sollte, ein unbestrittener, unverheimlichter, durch mehr als 30 Jahre fortgesetzter ist, und zwar selbst dann, wenn man von der Zeit zwischen den Jahren 1788 und 1849 jene Jahre abzieht, in

welchen das französische Recht (Art. 691)*) in Wirksamkeit geblieben ist. Es mußte also angenommen werden, daß die Erwerbung der Servitut stattgefunden habe, und daß das Eigenthum des Klägers mit dieser letzteren belastet sei."

Gründe der zweiten Instanz: „Die Rechte eines Menschen über sein Eigenthum sind nach §. 1459 des in diesem Punkte mit allen vorausgegangenen Gesetzgebungen übereinstimmenden a. b. G. B. der Verjährung nicht unterworfen. Wenn also die geklagte Gemeinde sich auf eine solche Verjährung berufen wollte, so hätte sie beweisen müssen, daß zu irgend einer Zeit der Eigenthümer jenes Platzes den Durchgang verwehren wollte, daß sie sich ihm entgegengestellt habe, daß er zu diesem Widerstande geschwiegen und ihn geduldet, und daß seit jenem Verbot der für die Verjährung erforderliche Zeitraum abgelaufen sei. Sie hat jedoch nichts von dem Allen bewiesen. Daraus allein, daß die Besitzvorgänger des Klägers sich nicht bestimmt fanden, sich dem Mißbrauche zu widersetzen, daß zur Abkürzung des Weges jeder, dem es beliebte, nach allen Richtungen hin über den Platz ging, — daraus, daß sie jenen Raum nicht als Abladeplatz oder zu irgend einem anderen Zwecke verwenden wollten, kann die geklagte Gemeinde noch nicht folgern, daß dieses aus Rücksicht auf sie oder gar in Folge einer bestehenden Verpflichtung geschehen sei. Mochten nun Diejenigen, welche über den Platz gingen, Bürger der Stadt B sein oder nicht, so blieb jedenfalls der Raum vermöge des Willens des Eigenthümers Allen eröffnet. Darin liegt nicht jene Nachlässigkeit, welche die Voraussetzung jeder Verjährung bildet, sondern eine stillschweigende Einwilligung. Mit jenem Durchgange war aber bei Niemand der Wille verbunden, ein dieser Person zustehendes Recht auszuüben; obgleich täglich geübt, war er doch von vorübergehender Natur; er drückte keinen dauernden Besitz aus, wie etwa, wenn man den Raum in einen Marktplatz verwandelt, oder wenn man ihn als Straße mit einer anderen Straße in Verbindung gesetzt, wenn man dort Reparaturen, Veränderungen angebracht, kurz, wenn man irgend etwas gethan hätte, was eine entsprechende Verpflichtung des Eigenthümers, Dieses oder Jenes zu dulden, im Sinne des §. 482 a. b. G. B. voraussetzt. Der gemachte Gebrauch war also seiner Natur nach nicht geeignet, die Verjährung herbeizuführen....Sowie ferner die Stadtbehörde nicht für die willkürlichen Handlungen der einzelnen Bürger verantwortlich gemacht werden könnte, so kann sie auch durch die individuellen Acte der

---

*) Art. 691 des Code Civil lautet: „Ununterbrochen fortdauernde, nicht ins Auge fallende Servituten, und nicht ununterbrochen fortdauernde Servituten, diese mögen ins Auge fallend sein oder nicht, können nur durch einen Titel errichtet werden. — Der Besitz, selbst der unvordenkliche, ist nicht hinreichend, um sie zu errichten; doch kann man Servituten dieser Art, die durch den Besitz bereits erworben sind, in Ländern, wo sie auf diese Weise erworben werden konnten, gegenwärtig nicht mehr bestreiten."

einzelnen Bürger nicht Rechte zu Gunsten der Gesammtheit erwerben, und im vorliegenden Falle hat die Gemeinde trotz des von ihren Mitgliedern an jenem Platze ausgeübten Durchganges wiederholt das Recht des Klägers und seiner Vormänner, über den Platz nach Belieben zu verfügen, dadurch anerkannt, daß sie jedesmal, wo es sich darum handelte, Thatsachen von permanenter Natur zu setzen, sich die Erlaubniß dazu erbat."

Gründe der dritten Instanz: „Wenn auch vielleicht die Eröffnung des Platzes aus einem potestativen Acte des Marchese L abzuleiten ist, und weder er noch seine Nachfolger dabei die Absicht hatten, auf ihr Eigenthumsrecht an dem streitigen Grunde zu verzichten, so ist doch gewiß, daß der Platz dem Publicum zum bequemeren Durchgange zugewiesen worden ist, und daß das Publicum diesen Durchgang seit mehr als 60 Jahren wirklich benützte. Jene Zuweisung und Bestimmung begründeten den Titel, und der wirkliche Durchgang ist nicht eine willkürliche und zufällige Thatsache, welche auf die Erwerbung des Rechtes keinen Einfluß haben kann, sondern die wirkliche Ausübung eines solchen Rechtes. Um also die Ersitzung wenigstens seit dem Jahre 1816, in welchem das a. b. G. B. in Wirksamkeit trat, zu verhindern, hätte bewiesen werden müssen, daß es sich um ein bloßes Precarium handle, diesen Beweis aber hätte der Kläger, wider welchen der Zeitablauf spricht, zu führen gehabt. Dieser jedoch berief sich nur auf die Vermuthung, welche im vorliegenden Falle durch andere Umstände entkräftet wird. Wenn nun auch die Gemeindeverwaltung sich manchmal an die Eigenthümer des erwähnten Platzes um die Erlaubniß wendete, daselbst den in der benachbarten Straße aufgesammelten Schnee abladen zu dürfen, so würde dieses nur beweisen, daß sich die von ihr ausgeübte Servitut nicht auch noch darauf erstreckte; aber es gibt dieses eine neue Bestätigung dafür, daß sie zu der einfachen Benützung des Durchganges einer Erlaubniß nicht bedurfte, daß also die ursprüngliche Bestimmung des Marchese L dem Platze gegenüber aufrecht erhalten wurde, und daher dem Publicuu der Usucapions-Titel niemals verloren ging. Im Uebrigen schloß sich der oberste Gerichtshof der Ansicht und den Entscheidungsgründen der ersten Instanz an."

Nr. 102.

Einrechnung der Ferialtage in die Frist zur Einbringung der Rechtfertigungsklage über eine wegen Privilegiumseingriffs erwirkte Beschlagnahme.

Entsch. v. 20. Juni 1855, Nr. 5669 (Best. des den Bescheid des B. G. der inneren Stadt Wien v. 11. April 1855, Nr. 7681 abändernden Decretes des O. L. G. Wien v. 25. April 1855, Nr. 5762). G. Z. 1856, Nr. 32.

Aus Anlaß eines Gesuches, worin die Aufhebung einer wegen Privilegiumeingriffs erwirkten Beschlagnahme aus dem Grunde verlangt wurde, weil der Gegner es unterlassen habe, binnen der im §. 47 des Privilegien-Patentes vom 15. August 1852 bestimmten achttägigen Frist seine Rechtfertigungsklage einzubringen, sprach der oberste Gerichtshof die Ansicht aus, daß in diese Frist, da die Klage durch keinen richterlichen Bescheid abgefordert werde, die Frist daher als eine gesetzliche erscheint, nach dem Hofdecret vom 15. April 1790, Nr. 14 der J. G. S. (Wessely I. Nr. 1378) die inzwischen gefallenen Ferialtage einzurechnen sind.

Nr. 103.

Stillschweigende Einwilligung in die Abtragung einer bestimmten Schuldpost.

Entsch. vom 20. Juni 1855, Nr. 5670 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des H. G. Wien v. 26. Februar 1855, Nr. 7648 und des O. L. G. Wien v. 2. Mai 1855, Nr. 3562). G. Z. 1856, Nr. 45.

Die Fabrik A zu T. hatte auf Grund eines von B acceptirten, den 25. Juni 1853 ausgestellten, 4 Monate a dato zahlbaren Wechsels eine Forderung pr. 463 fl. 20. kr. Bankvaluta an denselben zu stellen. Vor Verfallszeit des Wechsels übersendete der Acceptant mittelst Schreibens dd. 10. October 1853, einen an die Gläubigerin girirten, am 18. Jänner 1854 fälligen, von Johann O. acceptirten Wechsel pr. 468 fl. C. M. mit dem Ersuchen, hiermit seine Schuld vom 25. Juni 1853 zu begleichen und das Plus pr. 4 fl. 40. kr. als Zinsen für die Zeit, bis der übersendete Wechsel verfällt, zu betrachten. Die Fabriksdirection bestätigte in dem Rückschreiben vom 18. October 1853 den richtigen Empfang der ihr übersendeten Tratte pr. 468 fl. mit dem Bemerken, daß selbe unter dem üblichen Vorbehalte gutgeschrieben und der Betrag von 4 fl. 40 kr. als Prolongationsinteressen angenommen worden sei. Nach Eingang des übersendeten Wechsels saldirte nun die Fabriksdirection

zuerst eine bereits vor der Verfallzeit des zuerstgenannten Wechsels fällige Contorestforderung pr. 63 fl. 20 kr., schrieb auf dem Wechsel vom 25. Juli 1853 den sohin verbliebenen Rest pr. 400 fl. als Abschlagszahlung ab, und erwirkte wegen des noch schuldigen Wechselrestes pr. 63 fl. 20 kr. die handelsgerichtliche Zahlungsauflage. In dem durch Ueberreichung von Einwendungen wider diese Zahlungsauflage veranlaßten Streite erkannte die erste Instanz, daß dieselbe nicht zu Recht bestehe, und zwar aus folgenden Gründen: „Es ist unzweifelhaft und wird übrigens auch nicht widersprochen, daß mit der in dem Briefe des Geklagten dd. 10. October 1853 erwähnten Schuldpost vom 25. Juni 1853 der an diesem Tage ausgestellte Klagewechsel gemeint sei; da nun der Geklagte ausdrücklich nur zur Begleichung seiner Schuld vom 25. Juni 1853 den am 18. Jänner 1854 verfallenen Wechsel pr. 468 fl. C. M. der Klägerin übersendete, und dieselbe diese Sendung in ihrem Schreiben angenommen hat, so war sie nicht berechtigt, mit dem eingegangenen Betrage eine andere Verwendung, als der Geklagte ausdrücklich festgesetzt hatte, vorzunehmen. Nach den §. 1415 a. b. G. B. wird, wenn verschiedene Posten zu zahlen sind, diejenige für abgetragen gehalten, welche der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers tilgen zu wollen sich ausdrücklich erklärt hat. Eine solche ausdrückliche Erklärung hat nun der Geklagte unbezweifelt und unwidersprochenermaßen in seinem Schreiben abgegeben; die klagende Fabrik hat sich ferner in ihrem Rückschreiben solcher Ausdrücke bedient, daß bei Ueberlegung aller Umstände für den Geklagten kein vernünftiger Grund zu zweifeln übrig blieb, daß dieselbe in seinen Antrag gewilligt habe (§. 863 a. b. G. B.). Nachdem die klägerische Fabrik den Brief, welcher die Willensmeinung des Geklagten unzweifelhaft enthält, anerkannt hat, kann sie auch nicht aus §. 1416 a. b. G. B. das Recht geltend machen, ihre bereits fällige Forderung vor der nicht fälligen Wechselschuld, zu deren Tilgung der Betrag eingesendet wurde, zu berichtigen.“ Die beiden höheren Instanzen bestätigten dieses Urtheil, und zwar der oberste Gerichtshof mit nachstehender Motivirung: „Mit dem Briefe vom 10. October 1853 übersandte der Geklagte der Klägerin eine Tratte pr. 468 fl. mit der ausdrücklichen Bestimmung, damit seine Schuldpost vom 25. Juni, die laut Contocorrente aber in 463 fl. 20 kr. bestand, sammt Interessenvergütung zu begleichen. In dem zweiten vom 18. October 1853 bestätigen die Kläger den Empfang der Tratte und erklären, daß diese Rimesse angenommen und dem Beklagten, ohne die ihr von demselben ausdrücklich gegebene Widmung im Geringsten zu beanständen, gutgeschrieben wurde. Es liegt in dieser Handlungsweise nach §. 863 a. b. G. B. mit Berücksichtigung aller Umstände die stillschweigende Willenserklärung der Kläger, daß sie mit der Widmung, und daher mit der vom Beklagten beabsichtigten Tilgung seiner Schuld vom 25. Juni 1853, pr. 463 fl. 20 kr., einverstanden waren. Bei dieser einverständlich nach §. 1415 a. b. G. B. erfolgten Tilgung der erwähnten Schuldpost kann weder deren spätere Fälligkeit,

noch die Verfallszeit der Tratte, noch das mercantilistische Retentionsrecht in Frage kommen."

Nr. 104.

Darleihen oder Creditiren der Cessionsvaluta? — Verhältniß des Urtheils zu dem in der Klage geltend gemachten Rechtsgrunde.

Entsch. v. 26. Juni 1855, Nr. 4654 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 8. August 1854, Nr. 25672, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien vom 29. Dec. 1854, Nr. 3961). G. Z. 1855, Nr. 129.

Die B stellte am 18. Juni 1852 der A eine Schuldverschreibung über 12.400 fl. C. M. aus, welchen Betrag sie baar empfangen zu haben angab. In dieser Schuldverschreibung verpflichtet sich die Schuldnerin, die Darlehenssumme von 12.400 fl. C. M. binnen drei Jahren an die Darleiherin in Wien zurückzuzahlen, inzwischen aber mit fünf vom Hundert halbjährig vorhinein zu verzinsen. Die Unterschrift der Schuldnerin auf dieser Schuldverschreibung war notariell legalisirt. Das hierauf gestützte Klagebegehren wurde in erster Instanz aus nachstehenden Gründen abgewiesen: „Auf die Einwendung der Geklagten, auf den fraglichen Schuldschein nie auch nur einen Kreuzer Valuta erhalten zu haben, macht die Klägerin in der Replik das Zugeständniß, daß die Geklagte das auf dem von der Klägerin dem X verkauften Hause Nr. *** in Baden versicherte Kaufschillings-Restcapital pr. 12.400 fl. C. M. im Wege der Cession übernommen und über die Cessionsvaluta den Schuldschein ausgestellt habe, und daß der Schuldtitel der Geklagten aus dem Kaufe der X'schen Satzforderung zufolge wechselseitigen Einverständnisses vertragsmäßig in eine Darlehensschuld umgewandelt, somit der frühere Rechtstitel vollständig novirt worden sei. Hieraus ergibt sich, abgesehen davon, daß nach der eigenen Angabe der Klägerin gleich ursprünglich bei der Ablösung der fraglichen Satzpost bestimmt wurde, daß die Cessionsvaluta erst in 3 Jahren gegen mittlerweilige 5percentige Verzinsung und Sicherstellung berichtiget und hierüber ein Schuldschein ausgefertigt werden soll, somit ein Neuerungsvertrag im Sinne des §. 1377 a. b. G. B. gar nicht stattgefunden hat, — daß ein Darlehensvertrag im Sinne des §. 983 a. b. G. B. nicht zu Stande gekommen sei, und daß das hier zur richterlichen Beurtheilung vorliegende Geschäft in Gemäßheit des §. 916 a. b. G. B. nach denjenigen gesetzlichen Vorschriften beurtheilt werden müsse, denen es nach seiner wahren Beschaffenheit unterliegt, nämlich als eine entgeltliche Abtretung und Einlösung einer Satzpost, wofür jedoch die Cessionsvaluta nicht berichtigt, sondern durch Ausfertigung und Sicherstellung einer Schuldurkunde geleistet werden

sollte. Als Cessionsvaluta wird aber die angesprochene Summe von 12.400 fl. C. M. auch in der Replik nicht verlangt, und es wäre die Klägerin nach dem §. 49 a. G. O. auch nicht berechtigt, das in der Klage gestellte Begehren in seiner Wesenheit in Ansehung des Klagerechtes zu ändern. Es mußte daher die Klägerin umsomehr mit dem in der Klage gestellten Begehren abgewiesen werden, als selbst wenn ein Darlehensvertrag nach dem Vorhergesagten dennoch angenommen werden könnte, die Darlehensvaluta in einer Privatforderung an X bestanden hätte, in welchem Falle nach §. 991 a. b. G. B. die Geklagte als Schuldnerin nur verbunden wäre, entweder den Schuldschein zurückzustellen, oder der Klägerin als Gläubigerin den von dieser zu erweisenden Schaden zu ersetzen, worauf jedoch das Klagebegehren nicht gerichtet ist."

Das Oberlandesgericht machte die Verurtheilung der Geklagten abhängig von dem Ausfall des Haupteides darüber, daß zwischen ihr und der Klägerin ein Uebereinkommen getroffen worden, zufolge dessen die Geklagte die auf dem Hause des X für die Klägerin haftende Kaufschillings-Restforderung pr. 12.400 fl. C. M. um diesen Betrag im Ablösungswege übernommen hat, und zugleich bedungen wurde, daß dst Geklagte der Klägerin den Ablösungsbetrag nicht sogleich, sondern erie in drei Jahren gegen mittlerweilige 5percentige Verzinsung bezahlen und hierüber einen Schuldschein ausstellen, die Klägerin aber nach erfolgter Intabulation dieses Schuldscheines auf die als Pfand bestellten Herrschaftsantheile, eine Cessionsurkunde ausstellen sollte — daß ferner in Folge dieses Uebereinkommens der Schuldschein, dd. 18. Juni 1852, mit der darin enthaltenen Bestätigung des Valutaempfanges mit der Geklagten Zustimmung errichtet worden sei. In den diesfälligen Abänderungsgründen heißt es: „Die Klägerin stützt ihr Klagebegehren auf den mit allen vorgeschriebenen Eigenschaften versehenen und rücksichtlich seiner Echtheit anch von der Geklagten nicht bestrittenen Schuldschein, und sie hätte daher, da dieser Schuldschein seiner Form nach gegen die Geklagte als Ausstellerin zu beweisen geeignet ist, an und für sich über dessen richtigen Inhalt keinen weiteren Beweis zu führen, vielmehr läge nach dem Patente vom 1. März 1787, Nr. 636 der J. G. S. der Geklagten die Beweisführung ob, falls sie den Inhalt des Schuldscheines zu widersprechen vermeint. In Ansehung der Einwendung der Geklagten, daß sie von der Klägerin auf den Schuldschein weder den verschriebenen Betrag von 12.400 fl. C. M. noch sonst einen Betrag baar zugezählt erhalten habe, ist jedoch die Geklagte der Beweisführung enthoben, weil die Klägerin in der Replik selbst ausdrücklich eingestanden hat, daß die Geklagte die Valuta von 12.400 fl. C. M. nicht, wie es in dem Schuldscheine heißt, baar empfangen, sondern die Darlehensvaluta eigentlich in der der Geklagten darlehensweise auf 3 Jahre belassenen Cessionsvaluta für die von der Geklagten im Cessionswege übernommene Kaufschillings-Restforderung der Klägerin an X pr. 12.400 fl. C. M. bestanden habe. Aus dem sohin als erwiesen anzunehmenden Umstande,

daß die Darlehensvaluta auf den Schuldschein nicht im Baaren gegeben wurde, folgt nun zwar noch keineswegs die Befreiung der Geklagten von der eingegangenen Zahlungsverbindlichkeit, weil diese Verbindlichkeit jedenfalls soweit besteht, als wirklich eine Darlehensvaluta gegeben worden ist und weil es rechtlich keinem Zweifel unterliegen kann, daß auch eine aus einem anderen Rechtstitel entsprungene Schuld durch die übereingekommene darlehensweise Belassung auf eine gewisse Zeit, somit durch Novation (§. 1376 a. b. G. B.) in eine Darlehensschuld umgeändert werden kann. Allein es folgt aus dem dem Inhalte des Schuldscheines entgegenstehenden Geständnisse der Klägerin, daß der Schuldschein darüber, daß die Darlehensvaluta wirklich gegeben wurde, zum rechtlichen Beweise gegen die Geklagte nicht mehr als tauglich angesehen werden könne. Das Geständniß der Geklagten in der Duplik, daß sie auf den Schuldschein statt baaren Geldes eine Satzpost als Darlehen von der Klägerin erhalten habe, über deren Betrag sohin der Schuldschein ausgestellt wurde, befreit die Klägerin von der ihr obliegenden Beweislast nicht, weil aus diesem Geständnisse sich niemals die Verbindlichkeit der Geklagten zur Rückzahlung des eingeklagten baaren Betrages pr. 12.400 fl. C. M., sondern höchstens etwa die im §. 991 a. b. G. B. ausgedrückte Verpflichtung ableiten ließe. Dagegen erscheint das von der Klägerin in der Replik behauptete Uebereinkommen als dasjenige, was entscheidet und daher gegen den Widerspruch der Geklagten zu erweisen ist; denn wird dieses Uebereinkommen und die auf Grund desselben erfolgte Errichtung des Schuldscheines erwiesen, so ist es als rechtlich gewiß anzusehen, daß die Geklagte die Darlehensvaluta pr. 12.400 fl. C. M. durch die ihr darlehensweise auf drei Jahre zugestandene Belassung des schuldigen Ablösungsbetrages pr. 12.400 fl. C. M. wirklich empfangen habe, und daß sie daher, da sie überhaupt die Ueberkommung der fraglichen Satzpost nicht widerspricht, zur Rückzahlung des ursprünglich als Cessionsvaluta geschuldeten, durch den Schuldschein aber in eine Darlehensschuld umgeänderten Betrages pr. 12.400 fl. C. M. verpflichtet sei. Von einer Aenderung des Klagegrundes von Seite der Klägerin kann endlich hier nicht die Rede sein, da dieselbe ihren Anspruch in der Klage, so wie in der Replik nur auf den dem Schuldscheine zu Grunde liegenden Darlehensvertrag stützt, und ihre nachträglichen Angaben sich eben nur auf die Umstände beziehen, wie der Darlehensvertrag, aus welchem sie fordert, entstanden und worin die Valuta gegeben worden ist."

In den Gründen des oberstrichtlichen, die Entscheidung der ersten Instanz bestätigenden Erkenntnisses wird im Wesentlichen hervorgehoben, „daß aus dem Schuldschein der Klageanspruch nicht begründet werden könne, da die Klägerin selbst eingesteht, die Valuta nicht baar der Geklagten zugezählt zu haben. Als Cessionsvaluta könne der Klägerin die Summe per 12.400 fl. nicht zugesprochen werden, weil ihr Klagebegehren nicht auf diesem Rechtstitel beruhe. Wenn aber selbst eine Novation nach der Angabe der Klägerin angenommen werden könnte und es richtig wäre, daß

Nr. 98.

Unzulässigkeit der Aufhebung der Gerichtskosten im Falle einer nur die Ueberschreitung des Klagebegehrens beseitigenden höheren Entscheidung.

Entsch. v. 5. Juni 1855, Nr. 5378 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 13. Jänner 1855, Nr. 1308, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 28. März 1855, Nr. 3000). Gerichtshalle 1857, S. 145.

Geklagter war in contumaciam verurtheilt worden, eine gewisse Geldsumme in Wien zu zahlen. Das Oberlandesgericht hielt die Verurtheilung selbst aufrecht, beseitigte jedoch den Beisatz „in Wien“, weil derselbe im Klagebegehren nicht enthalten war. Gleichzeitig wurde die gegenseitige Aufhebung der Gerichtskosten beider Instanzen ausgesprochen. Gegen diese Entscheidung über die Kosten ergriff Kläger die Revisionsbeschwerde, welcher vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen stattgegeben wurde: „Das Oberlandesgericht hat zwar das erstrichterliche Urtheil bezüglich der Bestimmung des Zahlungsortes Wien abgeändert, aber nur aus dem Grunde, weil in der Klage, respective in dem Klagebegehren die Auflage der Zahlung nur im Allgemeinen und nicht in Wien begehrt war, die Zahlungsleistung in Wien daher über das klägerische Begehren hinaus auferlegt wurde. Da nach dieser obergerichtlichen Auffassung nicht das Klagebegehren abgeändert, dieses vielmehr, sowie von dem ersten Richter, im vollen Umfange aufrecht erhalten wurde, die Ueberschreitung des Klagebegehrens von Seite des ersten Richters nicht dem Kläger zur Last fällt, daher ihm auch keinen Nachtheil bringen soll, und das Oberlandesgericht durch die Zurückführung des erstrichterlichen Urtheils auf die Grenzen des Klagebegehrens, dasselbe nicht so sehr abgeändert, als berichtigt hat, so kann die Abänderung nicht die Wirkung haben, daß Kläger den Ersatz der ihm verursachten Gerichtskosten (Wessely I. Nr. 1428) nach §. 400 a. G. O. und Hofdecret vom 9. Mai 1785, Nr. 426, verlieren müßte.“

Nr. 99.

Recht des Wechselgläubigers, aus dem Erlös der von ihm beim Wechselschuldner gepfändeten, später im Concurswege feilgebotenen Sachen befriedigt zu werden. — Mehrfache Competenz eines und desselben Gerichtes.

Entsch. v. 5. Juni 1855, Nr. 5457 (Best. des den Bescheid des L. G. Salzburg v. 28 März 1855, Nr. 979 abändernden Erlasses des O. L. G. Wien vom 25. April 1855, Nr. 5547). G. Z. 1855, Nr. 145.

Nr. 100.

Execution durch Auferlegung einer Geldstrafe.

Entsch. v. 14. Juni 1855, Nr. 5350 (Best. des den Bescheid des B. G. Luditz v. 15. Oct. 1854, Nr. 4074 abändernden Bescheides des O. L. G. Prag v. 8. Jänner 1855, Nr. 254). G. Z. 1855, Nr. 127.

Gründe der dritten Instanz: „Es ist der B durch rechtskräftiges Urtheil unter Androhung gesetzlicher Zwangsmittel die Verpflichtung auferlegt worden, das zum Ausschanke nöthige Bier aus dem Bräuhause zu X abzunehmen; zur Erfüllung dieser Verpflichtung kann und muß sie auf Begehren des Klägers nach dem Sinne des §. 310 a. G. O. durch Geld- und Leibesstrafen verhalten werden. Da nun in dieser ihrer urtheilsmäßigen Verpflichtung auch die Verbindlichkeit inbegriffen ist, sich des Ausschankes eines jeden anderen Bieres zu enthalten, indem durch den Ausschank fremden Bieres das urtheilmäßige Recht des Klägers beeinträchtigt und gestört wird, so muß dem Executionsansuchen auch Statt gegeben und die Execution durch Androhung einer angemessenen Geldstrafe zur Erfüllung ihrer Schuldigkeit gezwungen werden. Dagegen kann die Auferlegung einer Geldstrafe (wie dies von Seite der ersten Instanz geschah) gegenwärtig noch nicht eintreten, weil eine solche weder im Urtheile noch durch einen Executionsbescheid bisher angedroht worden ist.“

Nr. 101.

Recht des Fahr- und Fußweges zu Gunsten des Publicums. Ersitzung desselben.

Entsch. v. 14. Juni 1855, Nr. 5493 (Best. des Urtheils des L. G. Cremona v. 30. Dec. 1854, Nr. 3276, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 16. März 1855, Nr. 2960). Gaz. d. Trib. 1856, S. 231 ff.

Marchese Anton L hatte im Jahre 1785 ein aufgehobenes Kapuzinerkloster erworben, und auf dem gewonnenen Areale Gebäude errichtet, welche einen großen Platz umschließen. Dieser Platz ist zwar ein zu jenem ehemaligen Kloster gehöriger und auf L übergegangener Grund; allein er führt seit dem Jahre 1788, dem Jahr der Vollendung jener Gebäude, den Namen Piazza L., und wird gleich einem öffentlichen Platze vom Publicum zum Durchgehen und Durchfahren benützt. A, der gegenwärtige Besitznachfolger des Marchese L, klagt nun wider die Stadtgemeinde B auf Anerkennung der Unbeschränktheit seines Eigenthums an jenem Grunde, und beruft sich namentlich auch auf mehrere Zuschriften

Nr. 107.

Umfang der Collationspflicht.

Entsch. v. 3. Juli 1855, Nr. 4855 (Best. des das Urtheil des L. G. Belluno v. 9. Nov. 1854, Nr. 3257 abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 6. Februar 1855, Nr. 21798). Giorn. di Giurispr. pr. 1857, S. 94 ff.

Die B hat bei ihrer Verheirathung ein Heirathsgut von 1500 Ducaten aus dem Vermögen ihrer Mutter erhalten. Nach dem Tode der letzteren hat sie sich bedingt erbserklärt, und da zu erwarten stand, daß die Verlassenschaft keineswegs jenem Betrage gleichkommen werde, klagt der Miterbe A wider sie auf Collation jener 1500 Ducaten, indem er behauptet, die Geklagte habe durch Antretung der Erbschaft sich des im §. 793 a. b. G. B. ihr vorbehaltenen Rechtes begeben. Die erste Instanz sieht diesen Anspruch als begründet an. Die zweite erkennt zwar die Collationspflicht der Beklagten an, behält ihr aber ausdrücklich das nach §. 793 ihr zustehende Recht vor, keinen Erbtheil anzusprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten zu werden. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Der Tochter, welcher ein Heirathsgut bestellt wird, obliegt in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen die Verpflichtung, sich dasselbe einrechnen zu lassen, wenn sie Erbin derjenigen Person wird, die ihr das Heirathsgut bestellt hat; allein die mit dem Heirathsgute ausgestattete Tochter wird darum nicht Schuldnerin des Bestellers des Heirathsgutes und ist nicht verpflichtet, das Empfangene jemals wieder zurückzugeben. Die Eltern und die anderen im §. 1220 a. b. G. B. erwähnten Ascendenten sind verpflichtet, den Töchtern und Enkelinnen ein angemessenes Heirathsgut zu bestellen, oder verhältnißmäßig dazu beizutragen. Wer aber eine gesetzliche Verpflichtung erfüllt, erlangt dadurch nicht eine Forderung, und mit Ausnahme des im §. 1229 vorgesehenen Falles, wo nämlich derjenige, der freiwillig ein Heirathsgut bestellt, sich den Rückfall desselben nach dem Tode des Ehegatten bedingt, spricht das Gesetz diejenige, die es empfangen hat, von der Rückstellung desselben vollkommen los. Im vorliegenden Falle tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Es handelt sich um den Erbtheil, nicht um den Pflichttheil; das Gesetz kennt aber keine andere Form der Einrechnung in den Erbtheil, als die im §. 793 a. b. G. B. vorgesehene, wonach die Einrechnung dadurch geschieht, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. Es ist ganz natürlich, daß, wenn die Verlassenschaft dazu nicht ausreicht, das Kind, welches schon früher etwas erhalten hat, jetzt nichts mehr erhalte, d. h. also, daß dasselbe auf einen Erbtheil keinen Anspruch mehr hat. Dieses ist der klare Sinn des zweiten Satzes des §. 793, welcher überdies noch ausdrücklich und mit den bestimmtesten Worten erklärt, daß derjenige, der verpflichtet ist, sich die Einrechnung gefallen zu

lassen, zu keiner Erstattung angehalten werden kann. Die §§. 906, 656, 657 a. b. G. B., auf welche der Kläger sich beruft, haben auf den vorliegenden Fall durchaus keinen Einfluß. Die Geklagte hat es angemessen gefunden, sich als Erbin nach ihrer Mutter zu erklären, und sich nicht blos mit dem bereits empfangenen Heirathsgute zu begnügen. Darum aber hat sie weder auf das empfangene Heirathsgut verzichtet, noch eine Verpflichtung zur gänzlichen oder theilweisen Erstattung desselben übernommen; sie ist lediglich verpflichtet, sich das Heirathsgut in den Erbtheil einrechnen zu lassen. In Folge dessen kann sie dann keinen Erbtheil fordern, wenn der Kläger nicht vor der Theilung ebensoviel erhält, als die Klägerin von ihrer Mutter aus dem Titel des Heirathsgutes erhalten hat."

Nr. 108.

Executionsführung während einer im Zuge begriffenen Behandlung der Gläubiger.

Entsch. v. 3. Juli 1855, Nr. 5243 (Best. des Bescheides des H. G. Venedig v. 3. Februar 1855, Nr. 2072, Abänderung der Verordnung des O. L. G. Venedig v. 29. März 1855, Nr. 6060). Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 385 ff.

Nr. 109.

Antretung eines Beweises, wenn wider einen Theil des Beiurtheils, welches mehrere Beiweise zuläßt, Appellation ergriffen ist.

Entsch. vom 3. Juli 1855, Nr. 5482 (Best. des das Urtheil des L. G. Belluno v. 30. Dec. 1854, Nr. 3673 abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 8. März 1855, Nr. 3385). Giorn. di Giurispr. pr. 1856, S. 252 ff.

In einem Processe über die Echtheit eines Testamentes hatten die Geklagten, um diese darzuthun, den Beweis durch Kunstverständige und durch Zeugen angeboten. Zur Führung des ersteren legten sie theils Notariatsacte, theils andere öffentliche Urkunden, theils aber auch Privaturkunden vor, deren Echtheit von den Klägern ebenfalls bestritten wurde. Der Zeugenbeweis war theils bestimmt, die Echtheit dieser letzteren Urkunden darzuthun, theils über die Intentionen des Erblassers Gewißheit zu verschaffen. Die erste Instanz ließ diese Beweismittel zu. Die Kläger appellirten gegen den Theil des Beiurtheils, wlecher dn eugenbeweis und die Berücksichtigung der Privaturkunden zuließ. — Das

Oberlandesgericht ließ in der That diese letztere und den Zeugenbeweis, soweit er sich darauf bezog, entfallen, und erkannte nur auf den Beweis durch Kunstverständige unter Benützung der öffentlichen Urkunden und auf den Zeugenbeweis über die Intentionen des Erblassers. Gegen dieses Urtheil beschwerten sich aber beide Theile, — die Geklagten, weil ihnen Beweismittel entzogen wurden; die Kläger dagegen fanden eine Nullität darin, daß auf den Beweis durch Sachverständige überhaupt noch erkannt sei. Soweit dieser Beweis jetzt noch zuerkannt worden, sei er auch schon in erster Instanz zugelassen, der betreffende Theil des Urtheils also längst in Rechtskraft erwachsen, und somit das Recht zur Antretung desselben erloschen.

Der oberste Gerichtshof wies die Revisionsbeschwerde der Kläger aus folgenden Gründen zurück: „Im vorliegenden Falle beziehen der Beweis durch Kunstverständige und durch Zeugen sich beide auf denselben Gegenstand und sind miteinander in solcher Weise verknüpft, daß die Antretung des ersteren gänzlich einflußlos wäre, so lange die definitive Entscheidung über den Umfang des Letzteren nicht bekannt ist, weshalb die betreffende Frist auch erst nach definitiver Entscheidung über die von einer der beiden Parteien, wenn auch nur in Bezug auf den Zeugenbeweis ergriffenen Berufung festgesetzt werden kann. Es kann daher der Nullitätsbeschwerde und den Abänderungsbegehren der Kläger wider den Spruch des Oberlandesgerichtes, welche sich darauf beziehen, daß der Termin zur Antretung jenes Beweises bereits überschritten sei, nicht stattgegeben werden; — vielmehr mußte der oberste Gerichtshof selbst auch in Bezug auf den Beweis durch Sachverständige den §. 210 ital. G. O. (§. 145 a. G. O.) zur Anwendung bringen."

Nr. 110.

Zulässigkeit der Beantwortung einer Aufforderung bei einem vorzunehmenden Baue. — Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer.

Entsch. vom 3. Juli 1855, Nr. 6427 (Best. des Bescheides der Prätur Chiari v. 27. Februar 1855, Nr. 1766, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Mailand v. 19. April 1855, Nr. 4139). Gaz. d. Trib. 1858, S. 333.

A will einen Bau vornehmen und einen Theil des Neubaues auf eine Scheidemauer stützen, von welcher er behauptet, daß sie ihm und seinem Nachbar B gemeinschaftlich gehöre. Er überreicht, da B Einsprache thut, gegen ihn die Aufforderung, binnen eines bestimmten Termines seine Rechte auszuführen, widrigens ihm das ewige Stillschweigen auferlegt würde. B überreicht nun eine Einrede, in welcher er sich der Auf-

forderung widersetzt. Gegen den Bescheid, womit die Erstattung der Replik wider diese Einrede aufgetragen wurde, recurrirt A. Das O. L. G. gibt dem Recurs statt, „weil nach dem Geist und Buchstaben des §. 69 ital. G. O. (§. 72 a. G. O.) der aus Anlaß eines vorzunehmenden Baues Aufgeforderte nur die Wahl hat, entweder die aufgeforderte Klage zu überreichen, oder zu gewärtigen, daß ihm daß ewige Stillschweigen auferlegt werde; weil ferner §. 69 ital. G. O. sich in seinen Schlußworten zwar auf das 7. Hauptstück der Gerichtsordnung bezieht, welches dem Aufgeforderten noch einen dritten Ausweg, den der Beantwortung der Aufforderung, eröffnet, diese Beziehung jedoch offenbar nur für jene Punkte gelten kann, welche nicht im gedachten Paragraph selbst behandelt sind."

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz „in der Erwägung, daß die §§. 68 und 69 ital. G. an der Regel des §. 323 a. b. G. B. nichts ändern, nach welcher der Besitzer nicht gezwungen werden kann, als Kläger aufzutreten und den Titel seines Besitzes darzuthun; daß daher der Aufgeforderte, welcher behauptet, daß er die Sache besitze, auf welcher der Aufforderer bauen will, berechtigt ist, die Consequenzen seines Besitzes geltend zu machen und sich der in diesem Falle unstatthaften Aufforderung zu widersetzen."

Nr. 111.

Fortdauer des Bestandvertrages nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Bestandgebers.

Entsch. vom 10. Juli 1855, Nr. 4917 (Best. des das Urtheil des L. G. Vicenza vom 11. Juli 1854, Nr. 7247 abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 31. Jänner 1855, Nr. 20311). Giorn. d. Giurispr. pr. 1855, S. 490 ff.

Nr. 112.

Auftrag zur Güternamhaftmachung bei sonstigem Arrest. Anordnung der Zustellung dieses Auftrags zu eigenen Händen.

Entsch. v. 11. Juli 1855, Nr. 6843 (Best. der gleichlautenden Bescheide der Prätur Spilimbergo v. 12. Mai 1855, Nr. 3723 und des O. L. G. Venedig v. 5. Juni 1855, Nr. 10688). Eco d. Trib. 1856, Nr. 287, S. 198.

Nr. 113.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Legat einer jährlichen Rente mit dem Zusatz, daß der Legatar auf den Fall seines Todes darüber zu verfügen habe.

Entsch. v. 17. Juli 1855, Nr. 4263 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 20. Juli 1854, Nr. 11908, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 14. Dec. 1854, Nr. 18287). Eco d. Trib. 1855, S. 272 ff.

Die M vermachte in ihrem Testamente dem A und dem X jedem 170 Lire jährlich. Das Legat für X ist als ein lebenslängliches bezeichnet und dabei angeordnet, daß dasselbe nach seinem Tode seinem Sohne C zufallen solle. Bei dem Legat für A, „ihren verdienstvollen Agenten“, heißt es: „worüber er nach Belieben bei seinem Ableben verfügen wird.“ A stirbt nun, ohne eine solche Verfügung getroffen zu haben, und seine Erben klagen auf Zahlung des jährlichen Betrages. — Dem Klagebegehren wurde nur in der zweiten Instanz stattgegeben; die dritte Instanz bestätigt die in erster Instanz erfolgte Abweisung.

Gründe der dritten Instanz: „Die streitige Bestimmung... berücksichtigt eigentlich nur die persönlichen Beziehungen zwischen der Erblasserin und A; sie würde also den Erben des Letzteren keinen Anspruch auf (analoge) Anwendung des §. 918 a. b. G. B. geben, wenn nicht die Erblasserin die Worte: „„worüber er““ u. s. w. hinzugefügt hätte. Aber auch dieser Beisatz reicht nicht aus, das Klagebegehren zu rechtfertigen; denn es ist aus demselben zu ersehen, daß die Erblasserin vom Fortbezuge des Legats Jeden ausschließen wollte, den nicht A nach seinem Belieben durch ausdrückliche letztwillige Erklärung dazu berufen hat; besonders da aus dem Zusammenhange der Verfügungen der Erblasserin keineswegs hervorgeht, daß dieselbe ihrer Verlassenschaft eine Last für ewige Zeiten auferlegen wollte. Da nun die von der Erblasserin gestellte Bedingung, daß nämlich A über das Legat verfüge, nicht erfüllt ist, ist dieses erloschen und konnte auf die Erben nicht übergehen.“

Nr. 113½.

Punktationen mit Bestimmung eines Termins für den Abschluß des definitiven Vertrages. — Vorbehalt einer neuen Klage im Urtheil.

Entsch. vom 18. Juli 1855, Nr. 5127 (Best. des das Urtheil des L. G. Venedig v. 12. Juni 1854, Nr. 5424 abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig vom 14. Dec. 1854, Nr. 17271). Giorn. d. Giurispr. pr. 1856, S. 157 ff.

A und B standen in Unterhandlung über den Kauf eines dem ersteren gehörigen Grundstückes. Sie kamen brieflich über die Hauptpunkte

des abzuschließenden Vertrages und namentlich darüber überein, daß A den vollständigen und befriedigenden Nachweis seines Eigenthumsrechtes zu führen habe, und daß sodann der definitive Vertrag bis längstens 21. Juli 1850 abgeschlossen werden müsse — ein Termin, der später bis zum 5. August verlängert wurde. B erklärte jedoch, durch die ihm innerhalb dieser Frist gelieferten Nachweisungen nicht befriedigt zu sein, und glaubt sich durch den Ablauf derselben jeder weiteren Verbindlichkeit enthoben. A klagt nun auf Abschluß und Erfüllung des Vertrages, stützt aber seine Klage wesentlich darauf, daß der zuerst von B mit der Prüfung der Documente betraute Advocat sie für befriedigend erklärt habe. Die erste Instanz weist das Klagebegehren zurück, indem sie sich darauf beruft, daß der Kläger zu beweisen habe, es sei die Bedingung: Nachweis des Eigenthums — wirklich erfüllt; also entweder zu beweisen, daß Geklagter selbst sich mit den Documenten zufriedengestellt, oder daß dem Advocaten schiedsrichterliche Functionen übertragen wurden, oder jetzt dem Richter selbst die nöthige Ueberzeugung vom Ausreichen jener Documente zu verschaffen. Ersteres sei nicht geschehen; zu letzterem genügen die im gegenwärtigen Proceß vorgelegten Documente nicht.

Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ebenfalls ab, behielt jedoch dem Kläger vor, seine Klage zu erneuern und das Ausreichen des gelieferten Nachweises darzuthun. Wider diesen Vorbehalt beschwerte sich der Beklagte; seine Revisionsbeschwerde ward jedoch zurückgewiesen „in der Erwägung, daß die den Urtheilen beigesetzten Vorbehalte den Parteien ein Recht nicht beilegen, noch dasselbe erneuern, wenn es bereits erloschen oder verloren ist; daß diese Rechtsvorbehalte nicht einen Theil des eigentlichen Inhaltes der Urtheile bilden, indem durch sie dem Wesen nach das Recht, auf welches sie sich beziehen, dem Kläger weder zu- noch abgesprochen wird; — in der Erwägung ferner, daß jedenfalls die beiden unteren Instanzen das Klagebegehren nur deßhalb zurückgewiesen haben, weil der Kläger die Bedingung nicht erfüllt hat, nachzuweisen, daß die Documente und Urkunden in Ordnung und ausreichend waren, sein volles und unbeschränktes Eigenthum an den fraglichen Grundstücken darzuthun, daß ihm daher freisteht und nicht untersagt werden konnte, dieses noch nachträglich auch nach Ablauf der verabredeten Frist zu thun, weil die Lieferung dieses Nachweises innerhalb des bedungenen Termines nicht als Resolutivbedingung hingestellt ist."

Nr. 114.

Umfang der Pflicht des Verwahrers, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern. — Thatsachen, über welche der Haupteid aufgetragen werden kann. — Formulirung des Eides im Urtheil.

Entsch. v. 24. Juli 1855, Nr. 6688 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des Kr. G. Kronstadt vom 24. August 1854, Nr. 1260 und des O. L. G. für Siebenbürgen vom 18. Jänner 1855, Nr. 8543). Zeitschr. für Gesetzkunde u. Rechtspfl. Jahrg. III, Nr. 32.

Der Riemermeister A in X klagte am 25. Februar 1854 den Gärber B auf Ausfolgung von 50 Stück Kuhhäuten, die er diesem zur Ausarbeitung und Aufbewahrung bis zu einem späteren Termin übergeben zu haben behauptet. B gestand die Uebernahme der 50 Stück Kuhhäute zur Ausarbeitung, leugnete jedoch, sich zu deren Aufbewahrung nach erfolgter Ausarbeitung verpflichtet zu haben, und behauptete, daß das Leder bei der in seinem Hause am 14. Februar 1854 ausgebrochenen Feuersbrunst verbrannt sei, wovon sich A selbst überzeugt habe, da er während des Brandes des Hausbodens herbeigekommen sei und die Stücke verbrannten Leders gesehen habe; über diesen letzteren Umstand trug er dem Kläger den referiblen Haupteid auf. A gestand in der Replik das Abbrennen des Bodens gesehen zu haben, bestritt jedoch, daß das verbrannte Leder das *ihm* gehörige gewesen sei, trug zum Beweise des abgeschlossenen Verwahrungsvertrages dem Geklagten den referiblen Haupteid auf und behauptete, es sei die Pflicht des Verwahrers gewesen, das ausgearbeitete Leder auf die in X unter Gärbern übliche Art in dem zur Aufbewahrung des fertigen Leders bestimmten feuersicheren Magazin zu hinterlegen, daher B nach §. 958 a. b. G. B. jedenfalls für den Schaden haften müsse. Die *erste* Instanz verurtheilte den Geklagten zur Ausfolgung der 50 Stück Kuhhäute, wenn der Kläger den Haupteid dahin abgelegt haben würde, „daß die 50 Stück Leder auf dem Boden des Geklagten bei der in seiner Wohnung stattgefundenen Feuersbrunst nicht verbrannt seien.“ Gegen dieses Urtheil appellirte der Kläger, da nach §. 241 der prov. C. P. O. der Haupteid nur über Umstände aufgetragen werden dürfe, welche der Delat aus eigenem Wissen beschwören könne, Kläger aber nur gesehen habe, daß der Boden des Hauses verbrannt sei, ihm jedoch nicht bekannt sei, noch sein könne, ob das ihm gehörige Leder auf dem Boden gewesen und mit verbrannt sei, überdies aber auch der Beklagte ihm nur darüber den Haupteid aufgetragen habe, daß er sich aus den verbrannten Lederstücken und nach Durchsicht des im Magazine vorräthig gewesenen Leders vom Verbrennen der fraglichen Häute *überzeugt* habe, somit ihm Urtheil gegen die Vorschrift §. 242 prov. C. P. O. gefehlt sei. Die *zweite* und *dritte* Instanz bestätigten das erstrichterliche Urtheil, nnd zwar die *dritte* Instanz aus folgenden

Gründen: „Angenommen, daß der Geklagte gleich einem Verwahrer verpflichtet ist, die in Rede stehenden 50 Stück Kuhleder dem Kläger zurückzustellen, wird doch diese Verbindlichkeit beschränkt und behoben, wenn Geklagter an der Erfüllung ohne sein Verschulden durch eine Ereignung, welche nicht in seiner Willkür gelegen, gehindert ist. Als eine solche Ereignung stellt sich der am 14. Februar 1854 in der Wohnung des Geklagten stattgehabte Brand heraus, indem nicht behauptet ist, daß derselbe durch Verschulden oder Fahrlässigkeit des Geklagten entstanden sei. Da das vom Kläger angesprochene Leder beim erwähnten Brand mit verbrannt sein soll und Kläger dies bestreitet, so ist nach §. 259 prov. C. P. O. der vom Geklagten schon in der Einrede über diesen Umstand dem Kläger aufgetragene Haupteid entscheidend, und es ist mit Grund auf diesen Haupteid erkannt worden. Die weiter einbezogenen Umstände sind nicht wesentlich, somit nach §. 242 prov. C. P. O. (§. 208 a. G. O.) weggelassen worden . . . . ."

Nr. 115.

Collidirende Erbserklärungen. — Zerrissenes Testament.

Entsch. v. 24. Juli 1855, Nr. 6743 (Best. des den Bescheid des L. G. Wien vom 13. Februar 1855, Nr. 45326 abändernden Bescheides des O. L. G. Wien v. 17. April 1855, Nr. 5375). G. Z. 1855, Nr. 125.

Recurrent beschwerte sich darüber, daß er, obgleich testamentarischer Erbe, vom Oberlandesgerichte zur Klageführung gegen die Intestaterben angewiesen worden sei. Er wurde mit diesem Revisionsrecurs abgewiesen, „weil der §. 126 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208 R. G. Bl., verfügt, daß die Intestaterben nur dann wider den testamentarischen Erben als Kläger aufzutreten haben, wenn Letzterer eine in der gehörigen Form errichtete und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittene letzte Willenserklärung für sich hat. Allein ein Testament, wie es der Recurrent für sich hat, welches in mehrere Stücke zerissen vorliegt, kann nicht ohne weiteres als eine in gehöriger Form errichtete Erklärung des letzten Willens angesehen werden, sondern es muß erst weiteren Erörterungen vorbehalten bleiben, ob und in wie fern dasselbe eine rechtsförmliche Willenserklärung bilde. Daher hat das Oberlandesgericht den Recurrenten mit Recht angewiesen, wider den Intestaterben als Kläger aufzutreten."

Nr. 116.

Wirkung eines testamentarischen Verbotes der Veräußerung und Belastung einer Realität.

Entsch. v. 25. Juli 1855, Nr. 7068 (Aufhebung der gleichförmigen Entscheidungen des L. G. Wien v. 30. März 1855, Nr. 13707 und des O. L. G. Wien v. 23. Mai 1855, Nr. 7083). G. Z. 1855, Nr. 104.

Beide untere Instanzen hatten ein Pränotirungsgesuch des A deßhalb abgewiesen, weil auf der dem Schuldner gehörigen Realität ein testamentarisches Verbot der Veräußerung und Belastung einverleibt ist. Der oberste Gerichtshof hat in der Erwägung, „daß nach §§. 358 und 360 a. b. G. B. nur in Fällen, in welchen die Trennung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen ausdrücklich erhellet, von einem unvollständigen Eigenthume die Rede sein kann; in der Erwägung, daß im gegebenen Falle, wo laut grundbücherlicher Eintragung des Testamentes auf der Realität keines der Kinder berechtigt sein soll, seinen Antheil zu veräußern oder auf was immer für eine Art zu belasten, aus diesem Verbot allein, welches eine letztwillige freie Verfügung nicht ausschloß, nach §. 610 keineswegs eine stillschweigende fideicommissarische Substitution und eine Eigenthumstheilung im Sinne der §§. 613 und 629 erhellet; in der Erwägung, daß eine Anordnung des Erblassers, wodurch dem Vermögen, das ist den Hausantheilen selbst die Eigenschaft der Unantastbarkeit von Seite der Gläubiger aufgeprägt worden wäre, weder vorliegt, noch zulässig war, da außer den vom Gesetze ausdrücklich statuirten Fällen (wozu die förmliche Fideicommiß-Errichtung gehört), kein überhaupt im Verkehre befindliches Vermögen eines Schuldners den Ansprüchen der Gläubiger entzogen werden kann; in der Erwägung, daß demnach jenes Veräußerungs- und Einschuldungsverbot dem Schuldner B nur die persönliche Befähigung entzog, seine Hausantheile durch Disposition unter Lebenden zu verkaufen und zu verpfänden, nie aber seinen Gläubigern, welche ihre Rechte nicht aus solchen, auf die Realität bezüglichen, ihm untersagten, daher ungiltigen Verträgen, sondern aus anderen Titeln herleiten, untersagen konnte, aus den dem B auf seine Realität zustehenden Rechten, deren Erörterung jedenfalls dem Justificirungsprocesse anheimfallen müßte, Sicherstellung und Befriedigung zu suchen, — die gleichförmigen Entscheidungen des Landesgerichtes Wien und des österreichischen Oberlandesgerichtes, womit die angesuchte Pränotirung abgewiesen wurde, aufzuheben, und dem Landesgerichte die Erledigung des Pränotationsgesuches mit Beseitigung des offenbar unstatthaften Abweisungsgrundes des Veräußerungsverbotes aufzutragen befunden.“

Nr. 117.

Verzugszinsen von einem durch Schuld des Käufers noch nicht bestimmten Kaufschilling?

Entsch. v. 1. August 1855, Nr. 7117 (Best. des das Urtheil der Prätur Salò v. 20. Sept. 1854, Nr. 6936 abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 9. Dec. 1854, Nr. 12014). Gaz. d. Trib. 1856, S. 566, 567.

A verkaufte dem B sein Apothekergeschäft und die zu der Apotheke gehörigen Arzneivorräthe und Einrichtungsstücke. Der Preis für das Geschäft wurde sogleich bestimmt und bezahlt; der für die Arzneivorräthe und Einrichtungsstücke sollte erst bei der Uebergabe einverständlich oder — im Falle der Meinungsverschiedenheit — durch Sachverständige festgesetzt und baar bezahlt werden. B erfüllte diesen Theil des Vertrages nicht und A klagte auf Bestimmung des Preises, Uebernahme der Sachen, Zahlung des Preises und der vom Klagstage laufenden Verzugszinsen. Während nun die erste Instanz dem Kläger auch die letzteren zugesprochen hatte, wiesen die beiden höheren Gerichte diesen Theil des Klagebegehrens zurück, und zwar der oberste Gerichtshof „in der Erwägung, daß die Interessen, welche der Kläger verlangt, nicht vertragsmäßig bedungen sind, daß aber auch auf den vorliegenden Fall die Bestimmung des §. 1333 a. b. G. B. nicht angewendet werden könne, weil der Geklagte bezüglich des Preises für die Arzneimittel und Apothekergeräthschaften erst von dem Augenblicke an Schuldner des Klägers würde, wo die Schätzung und Uebergabe derselben erfolgte, was aber bis zur Stunde nicht geschehen ist; in der Erwägung, daß der Kläger sich ausdrücklich die Anstellung einer besonderen Klage zur Geltendmachung der ihm etwa gegen den Geklagten zustehenden Schadenersatzsprüche vorbehalten hat, daß ihm daher im gegenwärtigen Processe diese Interessen nicht zugesprochen werden konnten, sowohl weil sie in diesem Sinne nicht gefordert wurden, als auch weil zwei verschiedene Urtheile über denselben Anspruch nicht ergehen können.“

Nr. 118.

Ungiltigkeit eines Testamentes wegen Mangels einer der im §. 579 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten. — Zulässigkeit der Klage auf Nullität eines Testaments nach erfolgter Erbserklärung auf Grundlage desselben.

Entsch. vom 8. August 1855, Nr. 7039 (Best. des Urtheils des B. G. Krems v. 10. Oct. 1854, Nr. 2819, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien vom 21. März 1855, Nr. 3859). G. Z. 1856, Nr. 30.

Der im Testamente des M eingesetzte Intestaterbe, der sich auf Grundlage desselben erbserklärt hatte, stellte später gegen die in demselben

bedachten Legatare die Klage auf Nullität dieses Testamentes wegen Abganges der im §. 579 a. b. G. B. vorgeschriebenen Bestätigung an. Die Geklagten gestanden in der Einrede diesen Mangel zu, indem sie zugaben, daß dasselbe von dem Schreiber desselben im Auftrage des Testators den drei Testamentszeugen einzeln mit dem Ersuchen, selbes zu unterfertigen, überbracht worden sei, führten aber zu ihrer Vertheidigung an, einerseits, daß der Erblasser sich später bei den Zeugen für die Unterschrift bedankt habe, andrerseits, daß Kläger sich aus dem nunmehr von ihm bestrittenen Testamente erbserklärt, ja dieses Testament noch überdies in dem Protokolle vom 25. Februar 1851 ausdrücklich in allen seinen Bestimmungen anerkannt habe, daher ihm gegenwärtig nicht mehr das Recht zustehen könne, diese Erbserklärung zu widerrufen, und das Testament unter dem Vorwande, daß er über den Mangel der wesentlichen Förmlichkeiten im Irrthume gewesen sei, nachträglich anzufechten. Die erste Instanz erkannte dem Klagbegehren gemäß. Die zweite Instanz wies den Kläger aus nachfolgenden Gründen ab: „Nach §. 806 a. b. G. B. kann der Erbe seine einmal gemachte Erbserklärung nicht mehr widerrufen; es haben daher die Geklagten als Legatare nach §. 802 a. b. G. B. bereits aus der Erbserklärung Rechte gegen den Kläger erworben, die ihnen nicht mehr durch einen einseitigen Act des Letzteren entzogen werden können. Schon die bloße Erbserklärung aus dem Testamente, nach des letzteren Publication würde genügen, wenn auch nicht noch überdies die im Protokolle vom 25. Februar 1851 enthaltene ausdrückliche Anerkennung des Testamentes in allen seinen Bestimmungen dazugetreten wäre. Hielt sich der Kläger durch die ihm zugemutheten Legate verletzt, so stand ihm nach §. 808 a. b. G. B. blos frei, die testamentarische Erbschaft auszuschlagen und seinen Pflichttheil zu begehren, und er vermag keineswegs einen Irrthum für sich in Anspruch zu nehmen, welcher in ihm durch die Unkenntniß der angeblich vorhandenen wesentlichen Mängel äußerer Förmlichkeiten des Testamentes obgewaltet haben soll, da es nur an ihm war, das Testament, bevor er sich aus demselben erbserklärte, in jeder Hinsicht zu prüfen oder durch einen Rechtskundigen prüfen zu lassen.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil „in der Erwägung, daß nach der eigenen Darstellung der Geklagten über den Vorgang bei der Errichtung des M'schen Testamentes kein Zweifel erübrigen kann, daß die wesentlichen Erfordernisse bezüglich der Zeugenfertigung (nach §. 579 a. b. G. B.) nicht beobachtet wurden, daß daher dasselbe unförmlich und nach §. 601 a. b. G. B. ungiltig sei; in der Erwägung, daß die Anordnung des §. 806 a. b. G. B. wohl den Widerruf der gerichtlichen Erbserklärung (d. i. der ausdrücklichen Erklärung, die Erbschaft anzunehmen, nach §. 799) und die Abänderung der unbedingten Erbserklärung in eine bedingte untersagt, nicht aber die Umänderung des Erbrechtstitels unmöglich macht, welche mit jeder Umstoßung einer ursprünglich als giltig der Abhandlung zu Grunde gelegten letztwilligen Anordnung, oder mit dem späteren Auffinden eines Testamentes, welches den ursprünglich

ab intestato erbserklärten Erben beruft, unvermeidlich eintreten muß; in der Erwägung, daß die in der Erbserklärung aus einem vorgefundenen, scheinbar giltigen Testamente schon offenbar liegende Anerkennung desselben, falls letztere auch, wie es in dem Protokolle vom 25. Februar 1851 durch den Kläger geschah, dem Abhandlungsrichter gegenüber ausdrücklich ausgesprochen wurde, nicht die Wirkung eines mit den übrigen Verlassenschaftsinteressenten geschlossenen, nur nach den §§. 871—876 a. b. G. B. aus einem Irrthume anfechtbaren Vertrages, oder der angenommenen Verzichtleistung auf das Recht, das Testament zu bestreiten, haben können; in der Erwägung endlich, daß der §. 808 a. b. G. B. nur von der Voraussetzung ausgeht, daß der gesetzliche Erbe oder Pflichttheilsberechtigte eine giltig bestehende Erklärung des letztens Willens durch Berufung auf sein gesetzliches Erbrecht oder den Pflichttheilsanspruch vereiteln wolle, nie aber diesen Personen die Bestreitung der Giltigkeit einer solchen Willenserklärung entziehen konnte, welche im vorliegenden Falle rechtzeitig (nach §. 1487 a. b. G. B.) geltend gemacht wurde."

Nr. 119.

Erstreckung der Eidestagsatzung wegen Verschollenheit desjenigen, der den Eid angetreten hat.

Entsch. vom 14. August 1855, Nr. 8005 (Best. des den Bescheid des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 23. April 1855, Nr. 4206 abänd. Bescheides des O. L. G. Wien v. 5. Juni 1855, Nr. 7440). G. Z. 1855, Nr. 130.

Der Advocat des A hat auf Grund der ihm von diesem eigenhändig ertheilten Information zwei zurückgeschobene Eide in dessen Namen angetreten, und sodann bei der Eidestagsatzung angegeben, der Aufenthalt seines Clienten sei nicht zu erforschen; er bat daher um Erstreckung der Tagsatzung bis zur Auffindung des A oder bis zur Constatirung seines Todes, nach deren Erfolg der Eid für abgeschworen zu halten sein würde. Die erste Instanz wies dieses Gesuch, „als dem Zwecke und der Zeit nach unbestimmt", zurück. Die zweite und dritte Instanz verordneten, daß die Tagsatzung auf angemessene Zeit zu erstrecken sei. In den Gründen der zweiten Instanz heißt es: „Das von dem Vertreter gestellte Ansuchen um Erstreckung erscheint in soweit begründet, als diese Bitte die erste ist und ihm eine angemessene Frist gestattet werden muß, sich einen Ausweis über den Tod seines Clienten, oder wenigstens über dessen gegenwärtig unbekannten Aufenthalt zu verschaffen und zur Wahrung seiner Rechte das den Umständen entsprechende weitere Ansuchen stellen zu können." Der oberste Gerichtshof begründet seine Entscheidung damit, „daß der Advocat seinem Clienten, gestutzt auf die unterfertigte Speciesfacti, die Eidesantretung bei der Möglichkeit, daß letzterer bis zur Tagsatzung zurückkehre, nicht vergeben konnte, und daß

ihm daher auch nicht benommen werden kann, die nach §. 233 a. G. O. und dem Hofdecret vom 15. Juli 1784, Nr. 317 (Wessely I., Nr. 767), und vom 5. März 1795, Nr. 222 (Wessely I., Nr. 769), daraus und aus dem etwaigen Tode erwachsenden Folgen geltend zu machen."

Nr. 120.

Empfangsbestätigung des Ehemannes über Dotalsachen mit Angabe des Schätzungspreises derselben.

Entsch. v. 14. August 1855, Nr. 6328 (Best. des das Urtheil des L. G. Venedig v. 24. Juli 1854, Nr. 9018, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 14. Februar 1855, Nr. 20533). Eco d. Trib. 1856, S. 194 ff. Giorn. d. Giurispr. pr. 1856, S. 382 ff.

Die Gattin eines Cridatars meldet bei der Concursmasse eine Heirathsgutforderung von 3000 Lire an mit Vorlage eines von zwei Schätzmeistern errichteten Verzeichnisses von geschätzten Sachen, deren Schätzungspreise angesetzt sind und die sich zusammen eben auf jenen Betrag belaufen. Dieses Verzeichniß ist von dem Cridatar mit dem Beisatze unterzeichnet: „Obgedachte Effecten erhalten." — Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, indem sie durch diese Urkunde den Beweis, daß der Ehemann diese Effecten zu dem bestimmten Preise als Heirathsgut angenommen habe, nicht hergestellt fand. Die zweite Instanz erklärte die Forderung für liquid und die dritte Instanz bestätigte das letztere Urtheil „in der Erwägung, daß in der fraglichen Urkunde die Effecten nur im Allgemeinen aufgeführt sind, ohne daß jene näheren Bezeichnungen vorkämen, welche unerläßlich würden, wenn die Parteien die Urkunde dazu bestimmt hätten, Beweis über die Fortdauer des Eigenthumsrechtes der Gattin zu machen; daß daher, wenn auch die ausdrückliche Erklärung des Ehegatten, nur den Werth zurückerstatten zu wollen, fehlt, seine Unterschrift nur diesen Sinn haben kann."

Nr. 121.

Aufrechthaltung des ordnungswidrig eingeleiteten summarischen Verfahrens, wenn die Parteien gegen die Einleitung desselben keine Einwendung erhoben haben.

Entsch. vom 14. August 1855, Nr. 8169 (Best. des Urtheils der Prätur Este vom 5. Mai 1855, Nr. 861, Abänderung des Decretes des O. L. G. Venedig vom 28. Juni 1855, Nr. 11001). Eco d. Trib. 1855, S. 231 ff. 297. Gaz. di Trib. 1855, S. 554 ff.

In einem zum summarischen Verfahren nicht geeigneten Falle hatte das Gericht erster Instanz, ohne daß eine der beiden Parteien

darum angesucht hatte, das summarische Verfahren eingeleitet. Als nach geschlossener Verhandlung das Urtheil erging, focht es der Geklagte aus diesem Grunde als nichtig an. Das Oberlandesgericht hob auch in der That den Bescheid, womit das Verfahren eingeleitet wurde, das Verfahren selbst und das Urtheil als nichtig auf und verordnete die Einleitung des ordentlichen mündlichen Verfahrens.

Der oberste Gerechtshof hielt jedoch das Urtheil erster Instanz aufrecht „in Anbetracht der §§. 8 und 27 der Minist. Vdg. vom 31. März 1850 (§§. 6 und 25 Hfdzk. v. 2. Dec. 1845), und in der Erwägung, daß keiner von beiden Theilen eine Einwendung oder Verwahrung gegen das vom Richter von Amtswegen eingeleitete summarische Verfahren erhoben hat, somit beide dazu ihre Zustimmung gaben, und jenes Uebereinkommen auf das summarische Verfahren trafen, welches das Gesetz ausdrücklich als zulässig erklärt."

Nr. 122.

Aufhebung der Vermuthung der Entgeltlichkeit geleisteter Dienste durch entgegenstehende Vermuthungen.

Entsch. v. 16. August 1855, Nr. 6077 (Best. des das Urtheil der Prätur Crema v. 1. Februar 1855, Nr. 657 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 8. März 1855, Nr. 2713). Giorn. di Giurispr. pr. 1856, S. 374 ff.

A hat durch mehr als fünf Jahre seiner Schwester B beim Betriebe eines Verschleißes von Tabak, Stempelmarken u. s. w. beigestanden; während dieser Zeit befand er sich, nebst seiner Tochter, bei der Schwester in Kost und Wohnung. Plötzlich nimmt er für die abgelaufene Zeit einen Lohn von 8 Lire für den Monat in Anspruch. Seinem Begehren wird in erster Instanz stattgegeben; die beiden höheren Gerichte weisen ihn damit ab, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Wenn einerseits die Geklagte zugibt, daß der Kläger ihr durch fünf Jahre und sieben Monate Dienste geleistet habe, so widerspricht auch dieser nicht gerichtsordnungsmäßig, bei der Geklagten Kost und Wohnung gehabt zu haben. Er stellt nur in Abrede, daß sie ihm als Entgelt für die geleisteten Dienste gewährt wurden, ohne übrigens einen Grund anzugeben, weßhalb jene Leistungen erfolgt wären, so daß sie jedenfalls als unentgeltlich erfolgt angesehen werden müssen. Unter dieser Voraussetzung erscheint die Behauptung der Geklagten, daß der Kläger sich hie und da dazu herbeiließ, sie bei der täglichen Besorgung ihrer häuslichen Geschäfte zu unterstützen, und daß dieses aus einfacher Erkenntlichkeit für Kost und Wohnung, die er bei ihr genoß, geschehen sei, im höchsten Grade glaublich. Jedenfalls ist es gewiß, daß kein Vertrag über Dienstleistungen, weder mit Verabredung eines Lohnes, noch in Bezug auf einen

künftig zu bestimmenden Lohn abgeschlossen worden sei. Soferne also die vorliegende Klage auf einen ausdrücklich abgeschlossenen Vertrag sich stützen sollte, könnte ihr jedenfalls nicht Statt gegeben werden. Zieht man nun in Erwägung: das enge Verwandtschaftsband, das zwischen dem Kläger und der Geklagten besteht, da sie Geschwister sind, ferner, daß der Kläger nicht einmal behauptet, ausschließlich sich seiner Schwester zur Verfügung gestellt zu haben, daß er nicht einmal annähernd die Zeit bestimmt, welche er im Allgemeinen für seine Schwester verwendete, daß seine Thätigkeit sich auf einzelne Acte der Mitwirkung beschränkte, daß er nicht blos selbst unentgeltlich Kost und Quartier bei der Schwester hatte, sondern daß daran auch noch seine Tochter theilnahm, so muß man wohl vernünftigerweise annehmen, daß auch nicht einmal ein stillschweigendes Einverständniß darüber bestand, daß dem Kläger für seine Dienste eine Belohnung zukommen solle."

Nr. 123.

Miteigenthümer als Miether des gemeinschaftlichen Hauses. — Begriff der ordentlichen Verwaltung.

Entsch. v. 21. August 1855, Nr. 8082 (Best. des das Urtheil des B. G. Alsergrund in Wien v. 4. Juli 1855, Nr. 10223 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 19. Juli 1855). G. Z. 1855, Nr. 109.

Die von zwei Miteigenthümern ausgegangene Kündigung einer Wohnung, welche ein dritter Miteigenthümer im gemeinschaftlichen Hause inne hatte, wurde in zweiter und dritter Instanz aufrecht erhalten, und zwar vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung, „daß — wie Kläger im Revisionsrecurse selbst zuzugeben scheint — auch gegen einen Miteigenthümer eines Hauses die Wohnung gekündet werden kann, weil er wohl vollständiger Eigenthümer seines Antheiles ist, aber das Recht an der gemeinschaftlichen Sache nicht pro indiviso, sondern mit Mehreren nach ideellen Theilen getheilt besitzt; in der Erwägung, daß auch Kläger nur als Miethsmann zu bestimmtem Zinse die Localitäten in dem mütterlichen, nun in die Verlassenschaft gehörigen, also den Streittheilen gemeinschaftlichen Hause inne hat; in der Erwägung, daß das Vermiethen und das damit im Zusammenhange stehende Steigern und Aufkünden der Wohnungen zur ordentlichen Verwaltung und Benützung eines gemeinschaftlichen Hauses gehört, daher nach §. 833 a. b. G. B. ein Theilgenosse die Wohnung im gemeinschaftlichen Hause nicht ansprechen kann, wenn die Mehrheit (hier die unbestritten zwei Dritttheile repräsentirenden Beklagten) entgegen ist; in der Erwägung endlich, daß, weil es sich um einen Verwaltungsgegenstand handelt, weder von der Nothwendigkeit einer, bei der im Streite selbst aufliegenden Ansicht, auch ganz überflüssi-

gen vorgängigen Berathung des Vorschlages, noch von der Sicherstellung einer Haftungserklärung für den höheren Zins von Seite der Beklagten im Sinne des §. 834 a. b. G. B. die Rede sein könne."

Nr. 124.

Umfang der Vollmacht des Administrators einer Fabrik. Berechtigung desselben, Wechselerklärungen für letztere abzugeben.

Entsch. vom 22. August 1855, Nr. 7130 (Best. des Urtheils des H. G. Wien v. 26. März 1855, Nr. 12161, Abänd. des Urtheils O. L. G. Wien v. 13. Juni 1855, Nr. 5291). G. Z. 1855, Nr. 115. Giornale di Giurispr. pr. 1856, S. 486 ff.

Nr. 125.

Wirkung der Verletzung über die Hälfte des wahren Werthes.

Entsch. v. 22. August 1855, Nr. 721 (Best. des Urtheils des B. G. der inneren Stadt Wien v. 1. Mai 1855, Nr. 8562 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 12. Juni 1855, Nr. 7449). G. Z. 1855, Nr. 119.

Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagebegehren ward von den beiden höheren Gerichten stattgegeben.

Gründe der zweiten Instanz: „Der Geklagte verweigert dem Kläger die Ablieferung der von dem Kläger geforderten zwei Paar silbernen Leuchter, wozu er sich in dem mit dem Kläger abgeschlossenen Tauschvertrage verpflichtet hatte, aus dem Grunde, weil er durch diesen Tauschvertrag um die Hälfte verkürzt wurde, da die Münzsammlung, welche in Folge dieses Tauschvertrages demselben von dem Kläger übergeben wurde, nicht die Hälfte dessen werth sei, was Geklagter dem Kläger contractmäßig zu übergeben hätte. Die Verletzung über die Hälfte ist auch wirklich durch den Kunstbefund der Sachverständigen nachgewiesen und es ergibt sich daraus, daß selbst dasjenige, was Kläger wirklich vom Geklagten erhalten hat, diesen Werth weit übersteigt. Allein die Folge der Verletzung über die Hälfte bei Verträgen ist nur die, daß der verletzte Theil dadurch berechtigt wird, die Aufhebung des Vertrages zu erwirken, und dem Beschädigten das Recht eingeräumt wird, den Vertrag dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werth ersetzt (§. 934 a. b. G. B.), keineswegs ist aber dem Verletzten das Befugniß eingeräumt, dasjenige, was er durch den Vertrag erhalten hat, zu behalten, und dem anderen Theile die bedungene Gegenleistung, insoweit sie den Werth desjenigen, was er erhalten hat, übersteigt, zu verweigern."

Gründe der dritten Instanz: „Im Sinne des §. 934 a. b. G. B. hat der verletzte Theil schlechterdings nur das Recht, die Aufhebung des Vertrages und die Herstellung des vorigen Zustandes zu verlangen; er kann aber nicht die empfangene Sache behalten und die Uebergabe der versprochenen Sache verweigern, wie das Obergericht in seinen Motiven ganz richtig bemerkte. Und sollte der Kläger, in soweit die vertauschten Münzen unecht sind, nach §. 922 a. b. G. B. zur Gewährleistung verpflichtet sein, sei es aus dem Vertrage oder aus dem Gesetze, so würde dem Geklagten doch kein anderer Rechtstitel zu Gebote stehen, als entweder nach §. 932 a. b. G. B. die Entschädigung zu fordern, oder nach §. 923 a. b. G. B. die Aufhebung des Vertrages zu verlangen. Nach dem vorliegenden Processe aber kann er sich der vollständigen Erfüllung des Vertrages nicht entziehen, nachdem dieser Vertrag von Seite des Klägers vollkommen erfüllt ist."

Nr. 126.

Persönliche Haftung für eine als Entgelt für die Einräumung einer Realservitut bedungene jährliche Leistung. — Haftung der Mitglieder einer Gesellschaft nach Auflösung derselben.

Entsch. v. 22. August 1855, Nr. 7753 (Best. des Urtheils des L. G. Brünn v. 24. Nov. 1854, Nr. 470, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Brünn v. 28. März 1855, Nr. 1644). G. Z. 1856, Nr. 1.

Mit Vertrag dd. 31. August 1851 räumte Graf A der Zuckerfabrik zu D. das Recht ein, einen gemauerten Wasserleitungscanal durch die gutsherrlichen Gründe zu führen, wogegen sich die damaligen Besitzer der Zuckerfabrik, Gebrüder S. & Comp., für sich und ihre Besitznachfolger verpflichteten, mit 1. Jänner jedes Jahres dem Grafen A als Besitzer des Gutes D. und seiner Descendenz, so lange selbe im Besitze dieses Gutes sein werde, zwei Centner des schönsten Meliszuckers in die Haushaltung unentgeltlich zu verabfolgen. Später war die Fabrik verkauft, die Gesellschaft löste sich auf und die neuen Besitzer dieser Fabrik weigerten sich, diesem nicht intabulirten Vertrage zu entsprechen. Die Erben des Grafen A klagten nun gegen B, C und D als vormalige Mitglieder der aufgelösten Gesenschaft S. & Comp. auf Leistung des vertragsmäßig Bedungenen. Die erste und dritte Instanz gaben dem Klagebegehren statt, während die zweite es abwies.

Gründe der zweiten Instanz: „Bei Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites komme es lediglich darauf an, ob das gegen die Geklagte geltend gemachte Vertragsrecht ein persönliches Sachenrecht bilde. Aus dem Inhalte des Vertrages vom 31. August 1851 ergebe

sich jedoch, daß der Zuckerfabrik zu D. das Wasserleitungsrecht eingeräumt wurde, und daß sich nur die damaligen Besitzer der Zuckerfabrik, die nunmehrigen Geklagten, zur Zuckerabgabe verpflichteten, deren persönliche Verpflichtung mit dem Verkaufe der Zuckerfabrik erlosch. Auch sei die klare Absicht der Paciscenten nur dahin gegangen, daß der jeweilige Besitzer der Zuckerfabrik die Zuckerabgabe leiste, und daß durch den Vertrag ein dingliches Recht begründet werde. Endlich würde die entgegengesetzte Auslegung des Vertrages zu Unzukömmlichkeiten führen, indem hiernach die Geklagten auch dann zur Zuckerabgabe verpflichtet geblieben wären, wenn sie die Zuckerfabrik zu D. ganz aufgelassen und das Gebäude veräußert hätten."

Gründe der dritten Instanz: „Die Geklagten können sich der Erfüllung des Vertrages vom 31. August 1851 aus dem Grunde nicht entschlagen, daß ihr Gesellschaftsvertrag seit 30. April 1852 aufgelöst, und die Zuckerfabrik von ihnen am 13. August 1852 an X verkauft worden sei. Durch den Beisatz: „„sie verpflichten sich für sich und ihre Besitznachfolger,"" ist eben der Fall vorgesehen, daß die Fabrik in andere Hände gerathe; die Geklagten haben hiedurch die Verpflichtung als eine persönliche erklärt, und der Umstand, daß die Fabrik in andere Hände kam, ist hiernach ganz unentscheidend. Ebenso ungegründet ist die Einwendung, daß seither der Gesellschaftsvertrag der Geklagten aufgelöst sei, da kein Gesetz die Gesellschaftsmitglieder berechtiget, durch Auflösung der Gemeinschaft sich den früher, d. i. zur Zeit, als die Gesellschaft noch bestand, übernommenen Verbindlichkeiten zu entziehen. Die fernere Einwendung der Geklagten, daß die Wasserleitung von ihnen nicht zur Ausführung gebracht wurde, ist ebenfalls ohne Gewicht, denn da ihnen im Vertrage das Recht hiezu eingeräumt war, so hätten sie auch davon Gebrauch machen können, und wenn sie dies unterließen, so sind sie dadurch von ihrer Gegenverbindlichkeit nicht befreit, um so minder, als ihr Besitznachfolger von diesem ihrem Rechte zu seinem Vortheile Gebrauch machte, die Leistung von Seite der Gutsinhabung daher erfüllt, und deren Recht, die Gegenleistung zu fordern, wohl begründet ist. Mag die geforderte Leistung immerhin hart für die Geklagten sein, da sie die Zuckerfabrik nicht mehr besitzen, so sind sie doch nicht berechtigt, ihr Wort zu brechen, denn es wäre ihre Sache gewesen, sich im Vertrage mit ihren Besitznachfolgern eine Schadloshaltung zu bedingen, da diese jetzt den Nutzen von der Wasserleitung beziehen, oder ihre Verpflichtung mit Zustimmung der Berechtigten auf dieselben zu übertragen."

Nr. 127.

Condictio indebiti im Falle einer zu Ehren eines Andern geleisteten Zahlung.

Entsch. v. 28. August 1855, Nr. 7775 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand vom 27. Februar 1855, Nr. 1845, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 11. Mai 1855, Nr. 4753). Gazz. di Trib. 1856, S. 287 ff.

Das Handlungshaus A in Mailand steht in Correspondenz mit dem Handlungshause L in Genua. Der Advocat B in Mailand, welcher für beide Häuser Geschäfte besorgt hatte, wandte sich an A, als Correspondenten des L, um die Zahlung einer Forderung von 570 Lire zu erlangen; die verlangte Zahlung wurde „zu Ehren der Firma L" unverzüglich geleistet. L weigerte sich jedoch, den Betrag zurückzuzahlen, da er die Schuld nicht anerkennt. A fordert nun von B die 570 Lire zurück; der letztere beruft sich jedoch auf §. 1432 a. b. G. B., indem er bemerkt, A habe gewußt, daß er ihm, dem B, nichts schuldig sei, und habe daher wissentlich eine Nichtschuld gezahlt. Während die zweite Instanz (aus formellen, nicht hieher gehörigen Gründen) auf das Begehren gar nicht eingeht, verurtheilen die erste und dritte Instanz den B zur Rückzahlung der 570 Lire.

Gründe der dritten Instanz: „Es wird nicht behauptet, daß der Kläger, indem er dem geklagten Advocaten die erwähnten 570 Lire zur Entlastung seines Correspondenten L in Genua zahlte, irgend einen Vortheil dagegen erlangt habe; man muß also annehmen, daß er durch diese Zahlung blos dem Geklagten, welcher damals sein Advocat war, eine Gefälligkeit, und gleichzeitig seinem Correspondenten, dem wirklichen Schuldner, eine Ehre erweisen wollte. Es ist also klar, daß der Kläger ein unentgeltliches Geschäft einging, und man muß daher nach §. 915 a. b. G. B. annehmen, daß er dabei die Absicht hatte, lieber die geringere, als die größere Last auf sich zu nehmen. Wenn nun aber nach der im §. 1397 a. b. G. B. aufgestellten Regel selbst bei der entgeltlichen Cession einer Forderung der Cedent für den Bestand und die Einbringlichkeit der Forderung haftet, so muß dies umsomehr in dem erwähnten Falle gelten, wo in Ermanglung irgend eines Beweises des Gegentheils angenommen werden muß, daß der Kläger dem Geklagten seine Expensnote nur mit dem Vorbehalte beglichen habe, daß ihm der entsprechende Betrag, wenn er ihn von dem wirklichen Schuldner nicht erlangen könne, von ihm selbst zurückersetzt werden würde. Da nun aber... bewiesen ist, daß dieser sich geweigert hat, dem Kläger die erwähnten 570 Lire zu bezahlen, und bereits zwar auch deßhalb, weil er behauptet, den Geklagten,.. in anderer Weise befriedigt zu haben, so ergibt sich mit Nothwendigkeit die Folgerung, daß der Geklagte den Betrag dem Kläger zu ersetzen habe."

Nr. 128.

Leibrentenvertrag mit cassatorischer Clausel. Geltendmachung derselben gegenüber der Concursmasse.

Entsch. v. 29. August 1855, Nr. 6789 (Best. des das Urtheil des L. G. Padua v. 7. Dec. 1854, Nr. 3531 abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 14. April 1855, Nr. 6180). Eco d. Trib. 1856, S. 78 ff.

A überließ dem B ein Grundstück, wogegen B dem A eine Leibrente bestellte. Bedungen war, daß, wenn die Zahlung einer Rate bis zum Verfallstag der nächsten rückständig bleibe, der Vertrag ohne weitere Warnung, Aufkündigung oder Mahnung als aufgehoben angesehen werden und das Grundstück unverzüglich in Eigenthum und Besitz des A zurückkehren solle. B verfällt in Concurs, und A, welcher sich anfangs begnügt hatte, seine Rechte blos anzumelden, verlangt, so wie die Concursmasse die Leibrente nicht fortzahlt, die Aufhebung des Vertrages und Rückstellung des Grundstückes. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, die beiden höheren gaben ihm statt.

Gründe der ersten Instanz: „Ohne Zweifel können auch bedingte, vor der Eröffnung des Concurses erworbene Rechte nach derselben durch Erfüllung der Bedingung in unbedingte übergehen.... Allein im vorliegenden Falle wird nicht ein von einem bedingten Rechte abhängiger Anspruch geltend gemacht, sondern es wird eine Entschädigung für nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages gefordert (§§. 912 und 1336 a. b. G. B.). Nun ist aber die Nichterfüllung des Leibrentenvertrages, worüber hier Klage geführt wird, erst zu jener Zeit eingetreten, wo B ihn nicht mehr erfüllen konnte, weil der Concurs über sein Vermögen schon eröffnet war. Ebensowenig aber konnte es die ihm succedirende Gesammtheit der Gläubiger; denn die Verwaltung des Vermögens eines Cridatars steht unter gerichtlicher Aufsicht und Leitung, und jeder Gläubiger muß auf die Zahlung des Capitals und der Interessen so lange warten, bis dieselben im ordentlichen Geschäftsgange erfolgen kann. Er kann daher aus der Unterlassung oder Verzögerung der Zahlung keine Ansprüche gegen die Concursmasse ableiten, sondern hat nur das Recht der Beschwerde beim Vermögensverwalter, bei der Concursinstanz und bei deren Vorgesetzten. Die geklagte Concursmasse durfte also nicht zahlen und es fällt ihr somit dem A gegenüber kein Verschulden zur Last; es kann also gegen sie auch nicht eine Strafbestimmung in Anwendung gebracht werden wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, die weder B noch die ihn vertretende Masse erfüllen durfte. — Aber auch wenn man den Anspruch des Klägers als von einer Resolutivbedingung abhängig ansieht, so kann er damit nicht durchdringen, weil nach dem eben Gesagten die Erfüllung der Bedingung unmöglich geworden ist (§. 898 a. b. G. B.)."

Gründe der dritten Instanz: „Die Resolutivclauseln (clausole risolutive), kraft deren Verträge aufgelöst werden, enthalten nicht die Bedingung einer Conventionalstrafe im Sinne des §. 1336 a. b. G. B.... Der vorliegende Vertrag enthält im Art. 8 die ausdrückliche Verabredung, daß u. s. w. Es ist daher die geklagte Concursmasse, welche gesteht, daß alle seit der Eröffnung des Concurses fällig gewordenen Raten der Leibrenten unbezahlt geblieben sind, der Rechte, welche für sie aus dem Vertrage erwachsen, verlustig geworden. Die Concursmasse, welche an die Stelle des B getreten ist, kann nicht für sich Eigenthum und Besitz der Sache, gegen welche die Leibrente bestellt wurde, behalten, wenn sie nicht zur gehörigen Zeit pünktlich die Leibrente zahlt. Es ist dies eine Ausgabe, welche die Gläubiger tragen müssen, wenn sie im Genuß von Vortheilen bleiben wollen, welche dem Cridatar ebenfalls nur so lange geblieben wären, als er die Gegenleistungen pünktlich abgetragen hätte. Die geklagte Concursmasse würde im Widerspruch mit den Grundsätzen des Rechtes handeln, wenn sie das Grundstück behalten und zur Befriedigung anderer Gläubiger verwenden, und doch nicht jene Bedingungen erfüllen wollte, unter welchen die Abtretung desselben erfolgt ist."

Nr. 129.

Verfügungsrecht des Vaters über den ihm an dem Vermögen seiner Kinder eingeräumten Fruchtgenuß.

Entsch. v. 4. Sept. 1855, Nr. 7247 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand v. 15. Dec. 1854, Nr. 20534, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 14. April 1855, Nr. 3667). Gaz. d. Trib. 1855, S. 591 ff.

Auf den Fruchtgenuß, welcher dem B an dem seinen Kindern gehörigen Vermögen zustand, hatte sein Gläubiger C Execution geführt. Der den Kindern ad hoc bestellte Curator A klagte nunmehr wider B und C auf Nichtigerklärung der Executionsacte. Dem Klagebegehren ward nur in zweiter Instanz stattgegeben. Die erste und dritte wiesen es zurück, jedoch die letztere mit dem Vorbehalt, daß es den Kindern freistehe, ihre Klage zu erneuern, wenn sie durch das Vorgehen des C in dem ihnen nach §. 150 a. b. G. B. zustehenden Rechte gekränkt würden.

Gründe der dritten Instanz: „Allerdings haften nach §. 150 a. b. G. B. die Einkünfte aus einem den Kindern mit Vorbehalt des Fruchtgenusses für den Vater hinterlassenen Vermögen immer für den standesmäßigen Unterhalt der Kinder, und können nicht zum Abbruch derselben von den Gläubigern des Vaters in Beschlag genommen werden. Allein das Gesetz verbietet doch dem Vater nicht, über diesen Frucht-

genuß, sowie über jede andere ihm zustehende Sache so lange frei zu verfügen, als er den Unterhalt seiner Kinder, gleichviel aus welchem Vermögen, wirklich bestreitet. Nun hat aber B im vorliegenden Falle bis jetzt noch immer den standesmäßigen Unterhalt seiner Kinder bestritten, und konnte dieses um so leichter, da er, wie aus der Verhandlung hervorgeht, Besitzer großer Grundstücke .... ist. Es ist somit auch kein Grund vorhanden, zu besorgen, daß dieser Unterhalt den Kindern in Zukunft fehlen werde.... Hatte nun B ein Recht, über den erwähnten Fruchtgenuß nach Belieben zu verfügen, so stand offenbar auch seinen Gläubigern das Recht zu, sich im Executionswege an diesen Fruchtgenuß zu halten, um zur Bezahlung dessen, was ihnen gebührt, zu gelangen."

Nr. 130.

Unverjährbarkeit der Einwendung der Ungiltigkeit einer letztwilligen Anordnung. — Personen, welche das rechtskräftige Urtheil bindet.

Entsch. v. 4. Sept. 1855, Nr. 7452 (theilweise Abänderung des Urtheils des L. G. Verona vom 12. Juli 1854, Nr. 8771, und des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 10. Jänner 1855, Nr. 18849). G. Z. 1858, Nr. 124. Giorn. d. Giurispr. pr. 1858, S. 190.

M war mit Hinterlassung eines Testaments gestorben; zwischen den gesetzlichen und testamentarischen Erben entstand ein Rechtsstreit, dessen Ergebniß die Umstoßung (Nichtigerklärung) des Testaments wegen Mangels in den äußeren Förmlichkeiten war. Eine in jenem Testamente bedachte Legatarin, die an dem Processe nicht theilgenommen hatte, klagte nach Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist von Eröffnung des Testaments an, sowohl die testamentarischen als die gesetzlichen Erben auf Ausfolgung des Legats. Die Geklagten wendeten die Ungiltigkeit des Testaments ein, und als ihnen in der Replik die Verjährung des Rechts, diese Ungiltigkeit geltend zu machen (§. 1487 a. b. G. B.), entgegengesetzt wurde, bestritten sie in der Replik diese Verjährung und boten noch überdies den Zeugenbeweis an, um die Ungiltigkeit des Testaments darzuthun. Die erste Instanz sah die Ungiltigkeit des Testaments als durch den früheren Proceß rechtskräftig entschieden an; die zweite Instanz erkannte in der Hauptsache zu Gunsten der Klägerin. Der oberste Gerichtshof ließ den von den Geklagten angebotenen Zeugenbeweis aus folgenden Gründen zu: „Die beigeschlossenen übereinstimmenden Urtheile, durch welche die scheinbare letztwillige Erklärung umgestoßen und erklärt wurde, daß die gesetzliche Erbfolge Platz greifen müsse, können laut §. 12 a. b. G. B. der heutigen Klägerin, die durch Legate begünstigt

wurde, nicht eingewendet werden, da sie in dem durch jene Urtheile entschiedenen Streite nicht intervenirte. Es wäre daher ungerecht, ihr die Legate zu verweigern, die sie auf Grund einer in Bezug auf sie allerdings aufrechten letztwilligen Verfügung fordert, indem man als Motiv einer solchen Weigerung anführt, daß die darin eingesetzten Erben, die zwar die Giltigkeit und Wirksamkeit jener Verfügung behaupteten, aber im Rechtsstreit unterlagen, auf Grund einer Testaterbfolge nichts erhielten, und daß die gesetzlichen Erben ihren Titel aus dem Gesetz, und nicht aus der letztwilligen Verfügung ableiten, die nach einem von ihnen veranlaßten Rechtsstreit für null und nichtig erklärt wurde. Deshalb müßte die fragliche letztwillige Verfügung in Beziehung auf die Klägerin als Codicill aufrecht erhalten werden, und die Geklagten, welche die Erbschaft, wenn auch aus dem allerdings verschiedenen Titel der Intestaterbfolge wirklich erhielten, wären gehalten, die zu Gunsten der Klägerin getroffenen Verfügungen zu vollziehen. Indeß haben die Geklagten auch im gegenwärtigen Rechtsstreit in der Einrede, wenn auch nur im Allgemeinen, die Ungiltigkeit jener letztwilligen Verfügung eingewendet und in der Duplik auch die Mängel derselben auseinandergesetzt, insbesondere angeführt, daß der Erblasser den Zeugen nicht erklärt habe, daß die Schrift nicht seine letztwillige Verfügung enthalte; sie haben den Zeugenbeweis darüber angeboten, welchem Beweise sich die Klägerin mit Berufung auf §. 1487 a. b. G. B. widersetzt, laut dessen das Recht, eine letztwillige Erklärung zu bestreiten, binnen drei Jahren geltend gemacht werden muß, widrigens es verjährt ist. Es ist wahr, daß seit der Publication der gedachten Verfügung weit mehr als drei Jahre verflossen sind, und daß am Tage der Einbringung der Einrede die Geklagten jene seit mehr als drei Jahren kannten; es ist daher kein Zweifel, daß das Recht der Geklagten, die Verjährung zu bestreiten, auch gegen die Klägerin seit lange verjährt wäre. Die Verjährung aber ist laut §. 1451 a. b. G. B. nur der Verlust eines *Rechtes*, das während des vom Gesetze bestimmten Zeitraumes nicht ausgeübt wird, und es erstreckt sich nicht auch auf den Verlust einer *Einwendung*, die sich auf ein, wenn auch schon erloschenes Recht gründet. Die Ursache ist klar: die Lage des Klägers ist von jener des Geklagten sehr verschieden; der Kläger strebt, ein Recht zu erwerben oder geltend zu machen, auf das er einen Anspruch zu haben glaubt, während der Geklagte nur seinen Besitz zu bewahren und sich gegen einen wider ihn erhobenen Anspruch zu vertheidigen sucht; der Geklagte kann in der Regel seine Einwendung erst geltend machen, wenn er wirklich geklagt wird, während das Gesetz aus Gründen der öffentlichen Ordnung jenen, der seine Rechte als Kläger geltend machen will, unter Androhung der Verjährung verpflichtet, dies innerhalb eines gewissen Termins zu thun. Deshalb schreibt das Gesetz, um nicht die Verlassenschaftsabhandlungen in der Schwebe und die Rechte in der Unsicherheit zu lassen, die Zeit vor, binnen deren letztwillige Verfügungen bestritten werden können, widrigens die Bestreitungsklage verjähre. Aus dem Allen

folgt, daß die Geklagten, wenn auch der im §. 1487 a. b. G. B. festgestellte Termin abgelaufen ist, allerdings berechtigt waren, der Klägerin die Ungiltigkeit der letztwilligen Verfügung einzuwenden, worauf sie ihren Anspruch stützt. Dies alles vorausgeschickt und in weiterer Erwägung, daß die Vermuthung für die Giltigkeit der fraglichen letztwilligen Erklärung streitet, indem dieselbe mit allen vom a. b. G. B. vorgeschriebenen äußeren Förmlichkeiten versehen ist, und daß den Geklagten obliegt, die Richtigkeit ihrer Einwendung zu beweisen, hat der oberste Gerichtshof Rechtens befunden, auf den von den Geklagten angebotenen ordentlichen Zeugenbeweis zu erkennen."

Nr. 131.

Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in der Zeit zwischen der Inrotulirung der Acten und dem Urtheil.

Entsch. v. 4. Sept. 1855, Nr. 8561 (Best. des den Bescheid des L. G. Olmütz v. 13. März 1855, Nr. 1264 abänd. Decrets des mähr.-schles. O. L. G. v. 1. Mai 1855, Nr. 2633). G. Z. 1856, Nr. 6.

Nach am 8. November 1854 erfolgter Acteninrotulirung überreichte der Geklagte ein Gesuch, worin er verlangte, daß ihm die Restitution wegen schuldlos verstrichener Fallfrist zur nachträglichen Legung einer erst am 19. November 1854 an ihn gelangten, für die Entscheidung des Rechtsstreites wichtigen Ministerialentscheidung bewilligt und zur Inrotulirung der Acten und Legung der Ministerialentscheidung eine neuerliche Tagfahrt angeordnet werde. Auf Ausbleiben des Klägers bei der Restitutionsverhandlung bewilligte die erste Instanz die angesuchte Restitution in der Erwägung, „daß auf das Ausbleiben des Gegentheils nach §. 29 der a. G. O. als zugestanden angenommen werden müsse, daß der Restitutionswerber das neue Beweismittel im Laufe der Verhandlung nicht absichtlich verschwiegen habe, wornach demselben die angesuchte Wiedereinsetzung zur Legung des bezogenen Beweismittels zufolge §. 372 G. O. bewilligt werden müsse." Die zweite Instanz wies den Geklagten mit seinem Begehren ab, und der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung „in der Erwägung, daß im vorliegenden Falle weder eine Fallfrist verstrich, noch ein Urtheilsspruch erfloß (§. 372 a. b. G. B.), daß nur jene Schriften und Urkunden inrotulirt werden dürfen, welche im Processe vorkommen, und daß der Kläger durch sein Ausbleiben von der Restitutionsverhandlung gemäß §. 29 a. G. O. nur die angeführte Thatsache zugestand, hieraus aber das angesprochene Recht nicht gefolgert werden kann".

Nr. 132.

Beweislast in Ansehung der Echtheit einer Urkunde. — Analoge Anwendung des §. 1226 a. b. G. B.

Entsch. v. 5. Sept. 1855, Nr. 7625 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien v. 12. März 1855, Nr. 9201, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 6. Juni 1855, Nr. 6194). G. Z. 1855, Nr. 132.

Die Klägerin nimmt mehrere von einem Gläubiger ihres Gatten gepfändete Gegenstände als ihr Eigenthum in Anspruch, und stützt ihre gegen diesen Gläubiger gerichtete Klage auf ihren Heirathsvertrag und ein demselben angehängtes Verzeichniß von Effecten, dann auf einen Notariatsact über den Ankauf mehrerer Sachen von ihrem Gatten. Das Klagebegehren wurde in erster Instanz abgewiesen; die zweite und dritte Instanz gab ihm statt.

Gründe der zweiten Instanz: „Durch die Beilagen der Klage sei es als erwiesen anzusehen, daß die Klägerin, als sie sich mit ihrem gegenwärtigen Gatten verehelichte, sehr viele ihr eigenthümlich gehörige Effecten in die Haushaltung mitbrachte, weil nach dem Sinne des §. 1226 a. b. G. B. jede mündliche oder schriftliche Bestätigung des Mannes über dasjenige, was ihm seine Ehegattin aus ihrem Vermögen zugebracht habe, gegen Jedermann als beweismachend angesehen werden müsse. Der Geklagte habe zwar die Echtheit dieser von der Klägerin producirten Bestätigung in Abrede gestellt, allein da in den §§. 133 und 134 a. G. O. dem Producenten von Urkunden nur in dem Falle der Beweis der Echtheit aufgelastet werde, wenn der Producent seine eigene Handschrift, oder die eines Verstorbenen widerspricht, so müsse daraus gefolgert werden, daß derjenige, der widerspricht, daß eine von einer dritten Person, die noch am Leben ist, geschriebene Urkunde von der Handschrift dieser Person herrühre, den Beweis der Unechtheit liefern müsse, was im vorliegenden Rechtsstreite nicht geschehen ist.

Gründe der dritten Instanz: „Der Heirathsvertrag vom 4. Jänner 1851 und das einen integrirenden Bestandtheil desselben bildende Verzeichniß vom selben Tage sind über Rechtsgeschäfte zwischen Klägerin und ihrem Gatten errichtet worden, in der Absicht, daß sie nicht nur ihnen gegenseitig, sondern auch gegen dritte Personen zum Beweise dienen. Die Echtheit solcher Urkunden zu bestreiten, steht lediglich dem Aussteller oder jenen Personen zu, die mit ihm als Eine juridische Person angesehen werden müssen. Der Geklagte ist nun weder der Aussteller jener Urkunde, noch eine mit dem Aussteller juridisch-identische Person, daher er die Beweiskraft dieser Urkunde gegen sich in solange anerkennen muß, bis er die behauptete Unechtheit nachweiset. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus der Natur solcher Privaturkunden, aus der Anordnung der §§. 133 und 134 a. G. O., welche dem Produ-

centen einer Privaturkunde nur dann den Beweis der widersprochenen Echtheit aufbürden, wenn behauptet wird, daß die producirte Urkunde von dem Producenten selbst ausgestellt wurde, oder wenn es sich um die Handschrift eines Verstorbenen handelt; endlich aus der analogen Anwendung des §. 1226 a. b. G. B. Auch die neue Civilproceßordnung für Ungarn vom 15. September 1852 enthält in dem §. 117 gleiche Bestimmungen.

Nr. 133.

Beweis des erfolgten Beischlafs durch Indicien. — Berechtigung des unehelichen Kindes einer Ausländerin (welche nach der Geburt des Kindes die österreichische Staatsbürgerschaft erlangte) zur Anstellung der Paternitätsklage, die in dem Geburtslande der Mutter unzulässig wäre. — Versorgungsbeitrag.

Entsch. vom 12. Sept. 1855, Nr. 8327 (theilweise Best. des Urtheils des L. G. Mailand v. 30. Jänner 1855, Nr. 523, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 11. Mai 1855, Nr. 8773). Gaz. d. Trib. 1855, S. 573 ff.

Gegen die Verlassenschaft des B klagt die minderjährige Maria A, uneheliche Tochter der Amalia A, auf Anerkennung der Vaterschaft des B, Alimentation und Zuweisung eines Betrages von 20.000 Lire zur künftigen Versorgung. Der Klage wird außer dem Widerspruche bezüglich alle entscheidenden Thatsachen, die Einwendung entgegengesetzt: Die Mutter der Klägerin habe zur Zeit ihrer Entbindung noch dem Canton Tessin angehört; es hätte daher das österreichische Gericht derselben nicht giltig einen Vormund bestellen können; auch sei ihre persönliche Berechtigung zur Anstellung dieser Klage nach dem Civilgesetz des Cantons Tessin zu beurtheilen, nach welchem die Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft verboten ist. Unter den Zeugen, welche vernommen wurden, konnte nur eine, die Mutter der Klägerin, geradezu über die erfolgte Beiwohnung aussagen; zwei andere Zeugen hatten B bei Amalia A unter Umständen gesehen, aus welchen sie auf die erfolgte Beiwohnung schlossen. Eine Reihe anderer Vermuthungsgründe kam noch hinzu. Dies alles bestimmte die erste Instanz, dem Klagebegehren stattzugeben, und nur den Versorgungsbetrag auf 12.000 Lire herabzusetzen. Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, weil sie die gebrauchten Beweismittel als unzulässig, den Beweis also auch nicht als geführt ansah. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit Ausnahme jenes Punktes, welcher die Versorgung betrifft,

worüber die Entscheidung aufgeschoben wurde, bis der Fall derselben einträte.

Gründe der zweiten Instanz: „Der Vormund der Klägerin glaubt die volle Ueberzeugung von dem zwischen Amalia A und dem B gepflogenen Beischlaf durch den angebotenen und geführten Zeugenbeweis hergestellt zu haben, und behauptet, daß diese Ueberzeugung nicht sowohl aus dem materiellen Beweise der Thatsache, welche immer schwer zu constatiren sei, als vielmehr durch eine geistige Operation und durch Berücksichtigung der Umstände gewonnen werden müsse. Diese Ueberweisung durch Indicien ist aber vom Gesetze im §. 163 a. b. G. B. nicht berücksichtigt, und wenn die letztere an den erfolgten Beischlaf die Vaterschaft knüpft, so wollte das Gesetz doch keineswegs, daß auch der Beischlaf selbst vermuthet werde; es verlangte vielmehr, daß derselbe auf die in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art bewiesen werde. Gerichtsordnungsmäßig sind aber nur die in der Gerichtsordnung aufgezählten Beweismittel. Bei der Prüfung der vorliegenden Zeugenaussagen kann man vor Allem auf die Mutter Amalia A und ihre Aussage nur sehr geringes Gewicht legen, da sie nämlich in doppelter Beziehung im Sinne des §. 206 ital. G. O. (§. 141 a. G. O.) als verwerfliche Zeugin erscheint.... Sie könnte also höchstens zugelassen werden, einen bereits geführten Beweis zu ergänzen, zur Erfüllung des durch die Aussagen der anderen Zeugen geführten Beweises mitzuwirken. Unter diesen wären die zwei wichtigsten X und Y.... Allein diese Zeugen sagen doch jeder nur über eine isolirte Thatsache aus, und durch ihre Aussage wird also nicht die vom Gesetze geforderte Ueberzeugung hergestellt.... Auch kann weder der Eine, noch die Andere über die wirkliche fleischliche Beiwohnung aussagen, so daß selbe, wie das Gesetz verlangt, bewiesen, und nicht blos vermuthet würde."

Gründe der dritten Instanz: „Die Mutter der Klägerin, Amalia B, hat durch mehr als zehnjährigen Aufenthalt in den österreichischen Staaten die Staatsbürgerschaft erlangt, und ist überdies durch das Decret der k. k. Statthalterei .... nach Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse ausdrücklich als Staatsbürgerin erklärt worden. Die Klägerin, ihre uneheliche Tochter, welche noch jetzt nur ein Kind ist und in der erwähnten Zeit im österreichischen Kaiserstaate geboren wurde, wurde also ebenfalls dieses Standes der Mutter im Sinne des §. 165 a. b. G. B. theilhaftig.... Daß B der Amalia A wirklich fleischlich beigewohnt habe, muß als durch die übereinstimmenden, durch vielfache Umstände unterstützten Aussagen der Zeugen bewiesen angesehen werden. In der That hat sowohl der Zeuge X als die Zeugin Y bestätigt, daß sie im Monate Februar und März 1848 den B mit der erwähnten Amalia A im Bette gesehen haben, und wenn sie gleich nicht den materiellen Act der fleischlichen Vereinigung gewahr werden konnten, was in den wenigsten Fällen dieser Art möglich ist, so versichert sie doch, daß sich dieselben in einer Stellung befunden haben, welche darüber keinen Zweifel

übrig ließ. Da nun diese Zeugen als unbedenklich angesehen werden müssen, ... so muß ihre Aussage, wenn sie sich gleich auf zwei von einander verschiedene Thatsachen bezieht, dennoch als eine solche angenommen werden, welche einen mehr als halben Beweis herstellt. Dazu kommen noch mehrere bestätigende Thatsachen, als da sind: daß B für das Wochenbett der schwangeren Amalia A Sorge getragen, daß er sowohl sie als auch das zu erwartende Kind der Hebamme Z auf das Lebhafteste empfohlen, daß er der letzteren die strengste Geheimhaltung anbefohlen, daß er aus Eigenem alle Wochenbett- und Entbindungskosten und die Kosten für die Erhaltung des Kindes bestritten, daß er ferner der Hebamme zwei Zwanzigfrankenstücke geschenkt, nach der erfolgten Entbindung der Amalia A diese wieder in seinen Dienst aufgenommen, die erfolgte Beiwohnung ihrer Schwester Y gegenüber eingestanden, und ein indirectes Eingeständniß seiner Vaterschaft gegenüber der Hebamme Z abgelegt hat. Bei dieser großen Anzahl von beweisunterstützenden Umständen, welche so schlagend und treffend sind, konnte kein Zweifel darüber obwalten, daß die damit übereinstimmende Aussage der Amalia A, wenn sie gleich als Mutter der Klägerin eine verwerfliche Zeugin ist, ausreicht, um den Beweis im Sinne des §. 206 ital. G. O. (§. 141 a. G. O.) zu ergänzen. — Was dagegen das Verlangen betrifft, schon jetzt einen Betrag für die künftige Versorgung der Klägerin anzuweisen, so mußte dieses als unzeitig zurückgewiesen werden, nicht blos deshalb, weil der Fall einer solchen Versorgung noch nicht eingetreten ist, sondern auch, weil es wirklich möglich ist, daß derselbe überhaupt niemals, oder daß er unter Umständen eintritt, unter welchen eine andere Bemessung des Betrages nothwendig wird."

Nr. 134.

Art der Eintragung einer Servitut in die öffentlichen Bücher zur Begründung des dinglichen Rechtes.

Entsch. v. 12. Sept. 1855, Nr. 9169 (Best. des Urtheils des B. G. Brünn v. 6. December 1854, Nr. 8463, Abänd. des Urtheils des mähr.-schles. O. L. G. v. 17. April 1855, Nr. 2412). G. Z. 1856, Nr. 9.

Nr. 135.

Präclusion der Einwendungen gegen eine Wohnungs-aufkündigung.

Entsch. vom 25. Sept. 1855, Nr. 8387 (Best. des Bescheides der Prätur Venedig vom 25. Juni 1855, Nr. 26640, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Venedig v. 3. Juli 1855, Nr. 12376). Eco d. Trib. 1855, S. 408.

Nr. 136.

Klage eines Erben auf Anerkennung seines Miteigenthums an einer Erbschaftssache ohne vorausgegangene Verlassenschaftsabhandlung.

Entsch. v. 25. Sept. 1855, Nr. 9469 (theilweise Best. des Urtheils der Prätur Gallarate v. 30. Dec. 1854, Nr. 7627, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 2. Juni 1855, Nr. 5560). Gaz. d. Trib. 1857, S. 315 ff., S. 324 ff.

Ein Bürger des Cantons Tessin, Peter M, hinterließ unter Anderem mehrere auf österreichischem Gebiet gelegene Grundstücke. Da sämmtliche Erbschaftsinteressenten ebenfalls dem Cantone Tessin angehören, wurden die Angelegenheiten der Erbschaft, welche durch Urtheile der Tessiner Gerichte zu drei Viertheilen dem A, zu einem Viertheil der B zugesprochen wurde, in Tessin geordnet. Die B konnte aber nicht dazu vermocht werden, die zur Veräußerung jener Grundstücke, oder auch nur zur Umschreibung derselben in den Steuerbüchern erforderlichen Urkunden auszustellen; A klagt daher bei der Prätur, in deren Bezirk die Realitäten liegen, auf Anerkennung seines Miteigenthumes im Verhältnisse von drei Viertheilen. Die Klage war lediglich gegen die B gerichtet; eine Verlassenschaftsabhandlung hatte in Oesterreich nicht stattgefunden, allein es zeigte sich, wie aus den unten angeführten Entscheidungsgründen hervorgeht, daß möglicherweise noch andere Erbsinteressenten vorhanden sein könnten. Die erste Instanz hatte das Klagebegehren vollständig abgewiesen, die zweite demselben stattgegeben. Der oberste Gerichtshof wies das Klagebegehren zurück, behielt aber dem Kläger das Recht vor, eine neue Klage wider sämmtliche Interessenten einzubringen. Seine Entscheidungsgründe lauten: „Sowohl nach §. 76 der neuen Jurisdictionsnorm, als auch nach §. 22 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen, muß bezüglich der fraglichen Grundstücke von der zuständigen inländischen Behörde die regelmäßige Verlassenschaftsabhandlung vorgenommen werden, da über diesen Gegen-

stand ein specieller Vertrag mit der Schweiz nicht besteht. Der Kläger hat es jedoch nicht angemessen gefunden, eine Erbserklärung der erwähnten österreichischen Behörde zu überreichen, welche dann das vorschriftsmäßige Verfahren eingeleitet, alle Interessenten vernommen, und so die eventuellen Conflicte durch eine alle verzweigten Interessen berührende Gesammtentscheidung gelöst haben würde. Er hat es vorgezogen, einen Proceß anhängig zu machen, um ein Urtheil zu erwirken, welches, wie er selbst angibt, den künftigen Abhandlungsoperaten zur Grundlage dienen soll. Allein, damit dasselbe diese Wirkung hätte haben können, mußte es offenbar gegenüber allen Denjenigen erwirkt werden, die möglicherweise ein Interesse an den streitigen Grundstücken haben konnten. — Diese Grundstücke haben ursprünglich dem Alexander M gehört, welcher in seinem Testamente zur Erbin des Pflichttheiles seine Tochter erster Ehe, Antonia, zu Universalerben seine Söhne zweiter Ehe, Peter (den jetzigen Erblasser) und August einsetzte. Die drei genannten Personen sind gestorben, allein Antonia starb später als ihre Brüder, und es ist also wenigstens denkbar, daß ihre Repräsentanten ein Interesse an der gegenwärtigen Verlassenschaftsabhandlung haben. Allein sie wurden weder zu dem im Auslande geführten, noch zu dem gegenwärtigen Processe beigezogen. Das im gegenwärtigen Processe erwachsene Urtheil, möchte es nun dem Begehren der Klage oder der Einrede gemäß ausfallen, würde also in keinem Falle von der Abhandlungsbehörde berücksichtigt werden können, und nur geeignet sein, dieselbe in Irrthum zu führen und sie zu veranlassen, die Rechte eines Dritten, der am Processe keinen Antheil hatte, zu verletzen. — Es mußte daher das Klagebegehren abgewiesen werden; jedoch mit dem Vorbehalte zu Gunsten des Klägers, die Klage ordnungsmäßig auch noch gegen die Repräsentanten der Antonia M einzubringen."

Nr. 137.

Erbvertrag mit cassatorischer Clausel.

Entsch. vom 26. Sept. 1855, Nr. 7450 (Best. des das Urtheil des L. G. Treviso v. 19. Jänner 1855, Nr. 6551 abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 11. April 1855, Nr. 6319). Eco d. Trib. 1856, S. 30 ff.

A verlangt, daß ein mit B abgeschlossener Erbpachtvertrag für aufgehoben erklärt werde, weil B mehreren Verpflichtungen, die er übernommen, nicht nachgekommen sei, und weil es im Vertrage heißt: „Sollte wider Erwarten B irgend eine dieser Verabredungen nicht pünktlich erfüllen, so ist der Vertrag ipso facto als aufgehoben anzusehen, indem B für diesen Fall auf jede Mahnung (costituzione in mora) verzichtet." Der Geklagte B widerspricht in thatsächlicher Beziehung, seine Verbindlichkeiten

nicht erfüllt zu haben und macht überdies die Einwendung, es sei in jenem Vertragspunkte nur eine Conventionalstrafe bedungen, somit dem Richter das Recht gewährt, sie dem concreten Falle gemäß auszumessen. Die erste Instanz schloß sich dieser Auffassung an; die zweite und dritte Instanz dagegen ließen den Kläger zum Beweis zu.

Gründe der ersten Instanz: „Der Wortlaut des fraglichen Vertragspunktes lautet bestimmt genug; er enthält in der That die Verabredung der Caducität des Erbpachtes für den Fall, daß der Nutzungseigenthümer irgend einer der übernommenen Verbindlichkeiten nicht entspricht. Indeß enthält diese Verabredung (abgesehen von der Nothwendigkeit, sie richtig auszulegen) die Aufstellung einer vertragsmäßigen Strafbestimmung, welche als solche nach der Analogie der Bestimmung des §. 1336 a. b. G. B. und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Ermessen des Richters unterworfen bleibt."

Gründe der zweiten Instanz: „Eine solche Verabredung ist weder verboten, noch unerlaubt, noch kann sie — am wenigsten in diesem Falle — als Festsetzung einer Conventionalstrafe angesehen werden, so daß dem Richter gestattet wäre, aus Billigkeitsrücksichten ihre Wirkung zu schwächen. Sie ist vielmehr durch §. 919 a. b. G. B. in allgemeinen Ausdrücken für erlaubt erklärt. . . . . Im vorliegenden Falle kommt noch die Analogie des §. 1118 a. b. G. B. hinzu . . . Endlich scheint es, daß §. 1137 a. b. G. B. auf eine solche Verabredung anspiele, wenn dort angeordnet wird, daß, wenn Ober- und Nutzungseigenthum wieder mit einander vereinigt werden, dem Nutzungseigenthümer seine Meliorationen gleich einem redlichen Besitzer ersetzt werden müssen . . . Die Verabredung enthielt daher nichts Unerlaubtes; sie kann aber auch nicht als Strafbestimmung angesehen werden. Denn wenn in Erfüllung derselben dem Erbpächter das Nutzungseigenthum entzogen wird, so verliert er damit nichts von dem Seinen, da ihm dieses von A unentgeltlich unter der Bedingung genauer Erfüllung aller Vertragspunkte eingeräumt wurde." Die dritte Instanz bezog sich auf die Gründe der zweiten Instanz.

Nr. 138.

Gegenstände, welche in die Crida-Inventur einbezogen werden können.

Entsch. v. 25. Sept. 1855, Nr. 9485 (Best. des den Bescheid des L. G. Wien vom 16. Juli 1855, Nr. 30943, abänd. Decretes des O. L. G. Wien v. 13. August 1855, Nr. 10882). G. Z. 1856, Nr. 18.

Nr. 139.

Beweislast in Ansehung der Zeit, zu welcher der Besitzer von der Besitzstörung Kenntniß erlangt hat.

Entsch. v. 25. Sept. 1855, Nr. 9982 (Best. des Bescheides des B. G. Feldsberg v. 17. Mai 1855, Nr. 426, Abänd. des Decretes des O. L. G. Wien vom 18. Juli 1855, Nr. 9080). G. Z. 1856, Nr. 21.

Ueber diese Frage sprach sich der oberste Gerichtshof folgendermaßen aus: „Es kann nur Sache des Klägers sein, die von den Geklagten bestrittene Zulässigkeit des von dem Kläger in Anspruch genommenen besonderen Verfahrens nach dem Patente vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, nachzuweisen, mithin nach §. 2 den in Abrede gestellten Umstand gerichtsordnungsmäßig darzuthun, daß er erst am 14. August 1854 von der Störung Wissenschaft erlangte, seine am 6. September 1854 überreichte Klage daher nach obigem Patente zu behandeln sei. Zu dieser Nachweisung kann bei dem Widerspruch der Geklagten eine bloße Angabe des Klägers offenbar nicht genügen, weil der Kläger jenen factischen Umstand, woraus er sein Recht ableitet, nach §. 104 a. G. O. zu beweisen verpflichtet ist, und es sonst blos von seiner willkürlichen Angabe abhinge, welches gesetzliche Verfahren in seinem Streite zu beobachten ist. Den Geklagten dagegen kann der Beweis über die Zeit, wo der Kläger von der behaupteten Störung Wissenschaft erlangte, nicht aufgebürdet werden, da ihnen nicht zugemuthet werden kann, hievon Kenntniß zu haben, und nur dem Kläger obliegt, jene Umstände und Bedingungen zu erweisen, unter welchen er das von ihm gewählte besondere Rechtsverfahren in Anspruch zu nehmen berechtigt ist. So wie Kläger zweifellos über die angeblich innerhalb der gesetzlichen Frist geschehene Störung bei dem Widerspruche der Gegner den Beweis liefern und bei dessen Ermanglung ad possessorium ordinarium verwiesen werden müßte, ebenso ist er verpflichtet, bei dem gegnerischen Widerspruche die Zeit zu erweisen, wann er von einer schon vor längerer Zeit, ja selbst vor Jahren, geschehenen Störung Wissenschaft erlangt habe, weil in beiden Fällen eben von jenem factischen Umstande das behauptete Recht abhängt, das summarische Verfahren in Anspruch zu nehmen.

Nr. 140.

Wirkung des auf einer Realität haftenden testamentarischen Einschuldungsverbotes.

Entsch. v. 23. Oct. 1855, Nr. 10300 (Aufhebung der gleichförmigen Bescheide des L. G. Wien v. 5. Juni 1855, Nr. 24120 und des O. L. G. Wien v. 7. August 1855, Nr. 10600). G. Z. 1856, Nr. 14.

Die beiden ersten Instanzen verweigerten die von einem Gläubiger angesuchte executive Einverleibung einer Zahlungsauflage auf den der Schuldnerin B gehörigen Hausantheil, weil nach dem Testamente, kraft dessen sie diesen Hausantheil erworben hatte, auf denselben, so lange die damit bedachte B lebe, keine Schuld gemacht werden dürfe, und diese Beschränkung grundbücherlich hafte. Der oberste Gerichtshof hob diese Entscheidungen auf und trug der ersten Instanz die aufrechte Erledigung des executiven Einverleibungsgesuches auf, in der Erwägung, „daß in dem vorliegenden Falle, wo laut grundbücherlicher Eintragung des Testamentes auf dem Hausantheile, so lange die Bedachte lebe, nie eine Schuld gemacht werden darf, durch dieses Verbot allein, welches eine letztwillige freie Verfügung nicht ausschloß, nach §. 610 a. b. G. B. keineswegs eine stillschweigende fideicommissarische Substitution und eine Eigenthumstheilung im Sinne der §§. 613 und 629 begründet wurde; in weiterer Erwägung, daß eine Anordnung des Erblassers, wodurch diesem Hausantheil selbst die Eigenschaft der Unantastbarkeit von Seite der Gläubiger aufgeprägt worden wäre, weder vorliegt, noch zuläßig war, da außer den im Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen kein überhaupt im Verkehre befindliches Vermögen eines Schuldners den Ansprüchen der Gläubiger entzogen werden kann; in der Erwägung endlich, daß obiges Einschuldungsverbot der B nur die persönliche Befähigung entzog, ihren Hausantheil zu verpfänden, nie aber ihren Gläubigern, die ihre Rechte nicht aus einem solchen, bezüglich auf diesen Hausantheil ihr untersagten, daher ungiltigen Vertrage, sondern aus andern Titeln herleiten, das Recht benehmen konnte, aus dem der B gehörigen Hausantheile Sicherstellung und Befriedigung zu suchen.“

Nr. 141.

Beweislast bezüglich des Irrthums bei Anstellung der condictio indebiti.

Entsch. vom 14. Nov. 1855, Nr. 11122 (Best. des das Urtheil des L. G. Venedig vom 5. Februar 1855, Nr. 1195, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 21. Juni 1855, Nr. 7656). Eco d. Trib. 1856, S. 49 ff.

In der Begründung dieses oberstgerichtlichen Erkenntnisses, womit die angestellte Condictio indebiti abgewiesen wurde, heißt es unter

Anderem: „Die Vormänner der Klägerin können im vorliegenden Falle ebensowohl aus Freigebigkeit, als aus Irrthum gezahlt haben; es war also nothwendig, daß die Klägerin deutlich dargethan hätte, die Zahlung sei nur aus Irrthum erfolgt."

Nr. 142.

Verjährung der einzelnen Raten einer (legirten) jährlichen Rente.

Entsch. v. 28. Nov. 1855, Nr. 11626 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 14. Mai 1855, Nr. 4781, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 24. August 1855, Nr. 8427). Gaz. d. Trib. 1856, S. 154 ff.

M hatte seine Kinder zu Erben eingesetzt, seiner Witwe A aber den Fruchtgenuß einiger Erbschaftssachen eingeräumt, und zu ihren Gunsten den Erben gewisse periodisch wiederkehrende Naturalleistungen auferlegt. Die A traf indeß mit den Erben ein Uebereinkommen, vermöge dessen sie, anstatt der ihr unmittelbar ausgesetzten Vermächtnisse, von den Erben jährlich (und zwar in halbjährigen Raten vorhinein) 840 Lire erhalten sollte. Sie klagt nun rückständige Zahlungen ein, wobei ihr unter Anderem die Verjährung im Sinne des §. 1480 a. b. G. B. eingewendet wird. Sie replicirt, der §. 1480 a. b. G. B. beziehe sich nur auf von einer Capitalsforderung abhängige Leistungen, nicht aber auf zu bestimmten Zeiten fällig werdende Summen oder Leistungen, deren jede Gegenstand einer selbstständigen Forderung sei und ein Capital für sich ausmache. Die erste Instanz schloß die Einwendung der Verjährung aus, jedoch nur, weil sie dieselbe als durch Anerkennung unterbrochen ansah. Die beiden höheren Instanzen theilten diese Ansicht nicht und mußten daher auf die Rechtsfrage eingehen, wobei sie zu der Entscheidung gelangten, daß hier die dreijährige Verjährung allerdings eintrete.

Gründe der dritten Instanz. „Der §. 1480 a. b. G. B. bezieht sich auf alle jährlichen Leistungen, ohne zu unterscheiden, ob dieselben von einem Capital abhängen oder nicht, wie dieses deutlich daraus hervorgeht, daß auch jährliche Abgaben und Dienstleistungen im Allgemeinen mit aufgezählt sind; es ist vielmehr gleichgiltig, ob das Recht auf die Leistung durch einen Vertrag oder durch ein Vermächtniß begründet wird, da dieses an dem Vorhandensein des Grundes des Gesetzes nichts ändert, welches aus Rücksichten des öffentlichen Wohles für alle jährlichen Leistungen die kürzeste Verjährungsfrist aufstellen wollte. Jedenfalls ist aber in Folge der zwischen den Parteien getroffenen Uebereinkunft bezüglich des ursprünglichen Legates eine Novation eingetreten, und

so die Verpflichtung zur Leistung einer Rente begründet worden, weshalb um so sicherer §. 1480 a. b. G. B. anwendbar ist."

Nr. 143.

Solidarhaftung oder Bürgschaft?

Entsch. vom 4. Dec. 1855, Nr. 9107 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 30. Jänner 1855, Nr. 999, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 1. Juni 1855, Nr. 5323). Gaz. dei Trib. 1856, S. 386.

A & Comp. klagten die B auf Zahlung einer Schuld von 2000 Lire. Sie stützen ihr Begehren auf eine von ihnen zu Lasten des M, des Gatten der B, ausgestellte Rechnung, welche mit den Worten schließt: „Der wahre und unmittelbare Schuldner ist also M, sowie A & Comp. die wahren und unmittelbaren Gläubiger sind." Unmittelbar darauf folgt die Unterschrift des M, und weiter unten steht: „B, ich verpflichte miich für obige Summe per 2000 Lire." — Die B setzt der Klage die Einwendung entgegen, daß sie nur Bürgin sei, und daß die Kläger sich daher zuerst an ihren Gatten zu halten hätten. — Die erste Instanz gab jedoch dem Klagebegehren statt, indem sie annahm, daß die B solidarisch mit ihrem Gatten M hafte. Die beiden höheren Gerichte sahen in dem Verhältniß nur eine Bürgschaft, gestanden daher der Geklagten das beneficium ordinis zu, und wiesen das Klagebegehren mit Vorbehalt der aus der Bürgschaft erwachsenden Rechte zurück.

Nr. 144.

Berühmung durch Aufführung einer Passivpost im Contocorrente?

Entsch. vom 11. Dec. 1855, Nr. 10847 (Best. des Urtheils des H. G. Wien v. 19. Februar 1855, Nr. 3305, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 19. Sept. 1855, Nr. 10633). G. Z. 1856, Nr. 53.

B, welcher mit A in einer nunmehr aufgelösten Handelsgesellschaft gestanden hatte, stellte in einem vom 1. April 1853 datirten und von ihm unterfertigten Contocorrente aus den Büchern der aufgelösten Gesellschaft zu seinen Gunsten am Schluß eine Forderung von 13.000 fl. C. M. ein, als Vergütung für 13jährige Buchführung. A, dem dieser Contocorrent zugestellt worden war, sah hierin eine Berühmung und brachte gegen B eine Aufforderungsklage ein. Die erste Instanz sah in der Einstellung jener Post von 13.000 fl. in dem Contocorrente keine

Berühmung, wohl aber die zweite Instanz. Die dritte Instanz bestätigte die erstrichterliche Entscheidung „in der Erwägung, daß die bloße Mittheilung des aus dem Geschäftsbuch entnommenen Contocorrente, worin der Beklagte jedem Theile Posten zu Guten und zur Last schreibt, wie eine solche Mittheilung im gemeinen Verkehr bei Geschäfts- oder Gewerbsleuten gewöhnlich ist, nicht durch die beliebige Herausreißung einer einzelnen Passivpost zur Thatsache einer wirklichen, im Sinne des §. 66 a. G. O. zur Aufforderung geeigneter Rechtsberühmung erhoben, noch daraus eine solche Absicht entnommen werden kann, zumal nicht einmal erhellt, wie und zu welchem Zwecke diese Mittheilung erfolgte."

Nr. 145.

Umfang der dem Geschäftsführer einer Handlung ertheilten Vollmacht, für den Verkauf von Waaren eingehende Wechsel weiter zu giriren.

Entsch. vom 18. Dec. 1855, Nr. 11870 (Best. der gleichförmigen Urtheile des H. G. Wien v. 5. Februar 1855, Nr. 2018 und des O. L. G. Wien v. 2. Oct. 1855, Nr. 9022). G. Z. 1856, Nr. 29.

Nr. 146.

Einfluß der bedingten Erbserklärung auf Forderungen des Erben an den Erblasser.

Entsch. vom 19. Dec. 1855, Nr. 9549 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia v. 3. Mai 1855, Nr. 4174, theilweise abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand vom 7. Juli 1855, Nr. 6869). Gaz. d. Trib. 1856, S. 173 ff.

M stellte im eigenen Namen und als Bevollmächtigter seiner Gattin N eine Urkunde aus, in welcher eine Schuld von 12.000 L. A. unter Angabe des causa debendi anerkannt wird. Diese Forderung wurde gegen die N geltend gemacht und von ihr getilgt, wobei sie sich jedoch den Eintritt in die Rechte des Gläubigers wider ihren Gatten, namentlich auch in das Pfandrecht an einer Realität des Letzteren vorbehielt, welche Rechte sie dann an die A cedirte. Später starb M und seine Erben wurden die A und B, welche die Erbschaft unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antraten. Es kam zur executiven Veräußerung jener Realität, und nun verlangte die A aus dem Kaufschilling mit dem ganzen

Betrage per 12.000 Lire befriedigt zu werden. B und die benachtheiligten Gläubiger machten geltend: 1. Die A habe gar nicht die Schuld ihres Gatten, sondern ihre eigene bezahlt. 2. Jedenfalls sei A nur berechtigt, die Zahlung der Hälfte zu fordern, da sie zur Hälfte Erbin des Schuldners M, also selbst Schuldnerin sei. — Was den ersten Punkt betrifft, so wurde, abgesehen von einer Differenz über einen kleineren Theilbetrag, in factischer Beziehung von allen drei Instanzen angenommen, daß in der That die N nur eine Schuld ihres Gatten M bezahlt habe. Dagegen entschied über den zweiten Punkt die erste Instanz zu Gunsten des Miterben B und der Gläubiger, während die beiden höheren Instanzen den vollen Betrag per 12.000 Lire der A zusprachen und zur Bezahlung aus dem Kaufschilling zuwiesen. Es heißt darüber in den vom obersten Gerichtshofe adoptirten Entscheidungsgründen der zweiten Instanz: „Die Erbschaft des M ist unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars und der Gläubiger-Convocation angetreten worden. Im Sinne der §§. 802, 812 und 1445 a. b. G. B. blieben daher dem Erben alle diejenigen Rechte vorbehalten, welche ihm wider die Verlassenschaft unabhängig von seiner Eigenschaft als Erbe zustehen. Die Klägerin erscheint im gegenwärtigen Proceß als Cessionarin der N und als Inhaberin des Rechtes der Letzteren, aus dem Vermögen des verstorbenen Schuldners ihre Zahlung zu erlangen. Mag auch die Klägerin als Erbin anderen Gläubigern des Erblassers gegenüber in Haftung stehen, so können diese zwar wider sie mit einer Klage auftreten, allein sie können keine Einwendung dagegen erheben, daß ihr dasjenige ausgezahlt wird, was ihr die Verlassenschaft wirklich schuldig ist, besonders da angenommen werden muß, daß durch Aufnahme des Inventars die Absonderung der Verlassenschaftsmasse vom Vermögen der Erben vollzogen wurde."

Nr. 147.

Testament mit derogatorischer Clausel.

Entsch. vom 19. Dec. 1855, Nr. 10872 (Best. des das Urtheil des L. G. Bergamo v. 27. April 1855, Nr. 115, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 28. Juli 1855, Nr. 7381). Gaz. d. Trib. 1856, S. 211 ff. Eco d. Trib. 1857, S. 380 ff.

Der Erblasser hatte im Jahre 1847 ein Testament errichtet, worin unter Anderem ein Findelkind A zu einem Drittheile seiner Erbschaft berufen wird. Dieses Testament enthält eine Clausel, mittelst deren jede künftige letztwillige Anordnung für nichtig erklärt wird, wenn sie nicht die Devise: „Dominus nos benedicat. Salve Regina, mater misericordiae!" führe. Im Jahre 1852, zwei Wochen vor seinem Tode, errichtete er ein zweites Testament, in welchem A zum Universalerben eingesetzt wird.

Dieses letztere Testament enthält zwar nicht die erwähnte Devise, wohl aber die Erklärung, daß jedes andere Testament null und nichtig sei, und das gegenwärtige als das einzige betrachtet werden sollte, welches aufrecht zu erhalten und auszuführen sei. Die erste Instanz hielt das spätere Testament aufrecht, indem sie namentlich auf die große, immer steigende Zärtlichkeit, die der Erblasser dem A bis zum letzten Augenblicke bewiesen, und auf andere ähnliche Umstände Gewicht legte, welche nach ihrer Ansicht keinen Zweifel daran ließen, daß in der That der Erblasser mit dem zweiten Testamente das erste habe aufheben wollen. — Die zweite Instanz gewann aus anderen Umständen die entgegengesetzte Ueberzeugung, oder es schien ihr doch wenigstens die Intention des Erblassers zweifelhaft; sie erklärte daher das Testament von 1847 für das allein giltige. Diesen Ausspruch bestätigte der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Der §. 716 a. b. G. B., welcher sich in dem Capitel befindet, welches von der Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens durch eine neue Verfügung handelt, fordert zu diesem Zwecke in kategorischer Weise den ausdrücklichen Widerruf der derogatorischen Clausel, und macht aus diesem Widerrufe selbst eine neue Bedingung der Giltigkeit, und so zu sagen eine besondere wesentliche Förmlichkeit späterer Testamente oder Codicille. Wenn nun dieser Widerruf unterlassen wird, so ist jede Untersuchung über die Absicht des Testators, vermöge deren die spätere Disposition eher als die frühere aufrecht zu erhalten wäre, nicht blos überflüssig, sondern sogar verboten. Die später errichtete Erklärung vereinigt nämlich sodann in sich nicht die von der äußeren Form abhängigen Bedingungen der Giltigkeit; die frühere letztwillige Anordnung ist nicht in der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Weise aufgehoben, während der Letztere eben für Fälle, wie der vorliegende, die Entscheidung über den wahren Willen des Erblassers von äußeren Zeichen abhängig machen, und die Betretung des unsicheren und trügerischen Feldes der Vermuthungen nicht zulassen wollte.“

Nr. 148.

Aufrechthaltung eines mündlichen Testamentes, obgleich der Erblasser nicht alle Anordnungen, die er zu beabsichtigen schien, ausgesprochen hat.

Entsch. v. 20. Dec. 1855, Nr. 10067 (Best. der gleichlautenden Urtheile des L. G. Belluno v. 19. April 1855, Nr. 505, und des O. L. G. Mailand vom 19. Juli 1855, Nr. 11255). Gaz. d. Trib. 1856, S. 407 ff.

Die Erblasserin hatte zwei Tage vor ihrem Tode Zeugen an ihr Bett gerufen, um ihr Testament zu machen, und hatte vor denselben unter großen Anstrengungen und mit langen Pausen einige Legate angeordnet;

dann fuhr sie fort: „Ich ernenne den B zu meinem Erben, mit der Verpflichtung . . .“ hier hielt sie, wie um nachzudenken, inne; allein es zeigte sich bald, daß ihr die Kraft fehle, weiter zu sprechen. Obgleich bei voller Besinnung, kam sie im Verlaufe der zwei folgenden Tage nicht wieder auf den Gegenstand zurück, und sagte, wenn man sie daran erinnerte, nur: „Vielleicht später.“ Das Testament wurde als nichtig und unvollständig von den gesetzlichen Erben angefochten. Alleiu das Klagebegehren wurde von allen drei Instanzen zurückgewiesen.

Gründe der dritten Instanz: „Die vernommenen Zeugen haben keineswegs angegeben, daß die Erblasserin am 22. März 1852, als sie den Geklagten zum Erben eingesetzt und dieser Erklärung die Worte: „mit der Verpflichtung“ hinzugefügt hatte, deshalb nicht fortfuhr, weil ihr unbedingt die dazu erforderliche physische Kraft fehlte. Sie haben vielmehr die Unterbrechung dem zugeschrieben, daß die Erblasserin sich sammelte, um über die Verpflichtung nachzudenken, welche sie dem Erben auferlegen oder vielleicht auch nicht auferlegen wollte. Andererseits stellen sie nicht in Abrede, sie einige Minuten später, sei es durch das Nachdenken, sei es durch das Gespräch, ermüdet gefunden zu haben. Die Erblasserin hat nun, obgleich sie sich an jenem Tage im Besitz ihrer geistigen Kräfte befand und sich in denselben auch noch den ganzen folgenden Tag erhielt, sich über die dem Erben aufzuerlegende Verpflichtung nicht erklärt, was annehmen läßt, daß sie den Gedanken, ihn mit Auflagen und Lasten zu beschweren, aufgegeben habe, und dieses um so mehr, wenn man erwägt, daß sie, als man sie am 23. März aufforderte, die Verpflichtungen hinzuzufügen, welche sie aufzuerlegen beabsichtige, und die Zusätze und Veränderungen anzugeben, welche sie an ihren letzten Willen machen wolle, antwortete: „„Nein, es ist schon gut so!““ (No, basta cosi!). Es findet daher auch der oberste Gerichtshof, daß die letztwillige Erklärung der Erblasserin nicht ein verstümmelter, sondern ein vollständig abgeschlossener und in jeder Hinsicht wirksamer Act war. Jedenfalls handelt es sich um gleichförmige Urtheile, welche nur dann abgeändert werden können, wenn eine offenbare Ungerechtigkeit oder Verletzung der gesetzlichen Formen vorläge, während der oberste Gerichtshof nicht findet, daß die Bestimmungen der §§. 565 und 585 a. b. G. B. verletzt seien.“

Nr. 149.

Zur Bedingung gemachter Beweggrund?

Entsch. v. 20. Dec. 1855, Nr. 12165 (Best. des Urtheils des L. G. Bergamo v. 29. Dec. 1854, Nr. 10759', Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 20. Juli 1855, Nr. 6896). Gaz. d. Trib. 1856, S. 345 ff.

M, der Sohn des A, wurde beschuldigt, auf einem später an B durch Indossament gelangten und von letzterem weiter girirten Wechsel Giro gefälscht zu haben. Um nun diesen Wechsel dd. 28. Februar 1851 aus dem Verkehr zu ziehen und den Sohn vor den Gefahren einer strafrechtlichen Untersuchung zu schützen, stellte A dem B einen neuen Wechsel dd. 12. August 1851 über den gleichen Betrag aus, wogegen B die Verpflichtung übernahm, den Wechsel dd. 28. Februar 1851 am Verfallstage einzulösen und ihn unverzüglich dem A einzuhändigen. Dies ist jedoch nicht geschehen. A klagte nunmehr auf Nichtigerklärung und Rückstellung des Wechsels vom 12. August 1851. Seinem Begehren ward nur in zweiter Instanz stattgegeben; die erste und dritte wiesen ihn ab. Während die zweite Instanz sich darauf stützte, daß an dem Bewegungsgrund, welcher den A zur Ausstellung des Wechsels dd. 12. August 1851 bestimmte, kein Zweifel sein könne, und „daß im Sinne des §. 901 a. b. G. B. dieser einzige Endzweck der Verbindlichkeit des Klägers einer Resolutivbedingung gleichkomme, daß daher, da jener andere Wechsel zur Verfallszeit uneingelöst blieb, die an die Stelle getretene Verbindlichkeit des Klägers unwirksam geworden sei" — heißt es in den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes: „Wenn auch der Vertrag, welchen die Parteien am 12. August 1851 abschlossen, wegen der §§. 878 a. b. G. B. und §. 214 St. G. B. ungeeignet war, den Zweck, welchen jene sich dabei vorsetzten, zu erreichen, nämlich zu verhindern, daß M der Untersuchung wegen Betruges aus Anlaß der vermutheten Fälschung eines Giro .... ausgesetzt werde, so war er doch mit Rücksicht auf die gegenseitigen Beziehungen des Klägers und Geklagten nicht ungiltig; denn aus dem Opfer, welches B brachte, indem er auf die Interessen und Spesen im Betrage von 600 Lire verzichtete, geht deutlich hervor, daß er diesen Vertrag in der Absicht schloß, um nicht als einer der späteren Giranten des fraglichen Wechsels bloßgestellt zu bleiben, und das Gesetz gestattet dem Beschädigten jedenfalls vom Verbrecher oder von einem Dritten, der für ihn intervenirt, zu jeder Zeit die Entschädigung anzunehmen. Es ist ferner dem Kläger nicht gelungen, zu beweisen, daß er den neuen Wechsel unter der Resolutivbedingung ausgestellt habe, daß B zur Verfallszeit den für gefälscht gehaltenen Wechsel einlöse und ihn zurückstelle .... In Ermangelung einer ausdrücklichen Verabredung über diesen Punkt muß aber die allgemeine Regel des §. 919 a. b. G. B. angewendet werden, kraft deren der Kläger von dem Vertrage nicht zurücktreten, sondern nur die Erfüllung desselben oder die Entschädigung für die unterbliebene Erfüllung fordern kann."

Nr. 150.

Veräußerung von bisher demselben Eigenthümer gehörigen Grundstücken, von denen das eine zum Vortheil des andern benutzt wurde, an verschiedene Personen.

Entsch. v. 27. Dec. 1855, Nr. 11765 (Best. des Urtheils des B. A. Riva v. 18. April 1855, Nr. 4180, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 1. August 1855, Nr. 3362). G. Z. 1858, Nr. 144.

C besaß seit dem 9. December 1848 ein Haus mit einem ummauerten Garten und einem an letzteren stoßenden umzäunten Stück Feld (chiusura); in der Erwerbungsurkunde hieß es, daß die Realitäten frei von Lasten und Servituten auf ihn übergingen. Im Jahre 1852 verkaufte die Concursmasse des C die Grundstücke an zwei verschiedene Personen, nämlich Haus und Garten an B und das Feld an A; in den Feilbietungsbedingnissen hieß es, daß die Grundstücke „mit den bisher ausgeübten Servituten“ verkauft würden. Nun war in der That seit mehr als dreißig Jahren, während welcher beide Grundstücke immer einen gemeinschaftlichen Eigenthümer hatten, das Feld auf verschiedene Arten zum Vortheil des Gartens benützt worden. A wollte die Benützung seines Feldes nicht länger dulden und stellte gegen B die actio negatoria an. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt, die zweite Instanz nicht, indem sie darauf hinwies, daß die Feilbietungsbedingnisse den Fortbestand des bisherigen gegenseitigen Verhältnisses beider Grundstücke angeordnet hätten, welchen Sinn allein der Ausdruck „mit den bisher ausgeübten Servituten“ haben könne. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Solange die Realitäten sämmtlich demselben Eigenthümer gehörten, konnte keine Servitut bestehen, und in der That nimmt der Geklagte selbst die Rechte, welche er geltend zu machen sucht, nicht als Servituten, sondern nur als Zugehör seines Hauses und Gartens in Anspruch, weil die früheren Eigenthümer sie zum beständigen Gebrauch der erwähnten Realitäten bestimmt haben .... Dagegen spricht aber auch das Feilbietungsedict, welches die gegenseitige Abgrenzung derselben genau angibt. Hätte man mit dem Hause und dem Garten auch jene angeblichen, außerhalb der dort angegebenen Grenzen liegenden Pertinenzen mit feilbieten wollen, so wäre dies im Feilbietungsedict ausdrücklich angegeben worden, was aber nicht geschehen ist.“

1856.

Nr. 151.

Verzicht auf den Pflichttheil. Wirksamkeit desselben in Ansehung der Descendenten des vor dem Erblasser verstorbenen Pflichttheilsberechtigten.

Entsch. v. 3. Jänner 1856, Nr. 10927 (Abänd. der gleichförmigen Urtheile der Prätur Casalmaggiore v. 30. März 1855, Nr. 1838, und des O. L. G. Mailand v. 20. Juli 1855, Nr. 7428). Eco d. Trib. 1856, S. 117 ff. Giorn. d. Giurispr. pr. 1856, S. 118 ff.

Die A erhielt bei ihrer Verheirathung ein beträchtliches Heirathsgut und verzichtete dagegen für sich und ihre Erben „auf Alles, was ihr aus der Verlassenschaft ihres Vaters aus dem Titel des Erbtheils oder Pflichttheils gebühren könnte". Sie starb früher als ihr Vater und hinterließ Kinder, welche jedoch nicht ihre Erben wurden, da wegen Abgangs eines Nachlasses überhaupt eine Verlassenschaftsabhandlung nicht stattfand. Nach dem Tode des Großvaters verlangen nun diese Kinder der A den Pflichttheil. Dem Klagebegehren wurde in erster und zweiter Instanz stattgegeben; in dritter Instanz wurden die Kläger abgewiesen. Die zweite Instanz ging davon aus, daß im §. 551 a. b. G. B. der Ausdruck „sein Erbrecht" gebraucht sei, womit auf §. 536 a. b. G. B. und den dort aufgestellten Grundsatz verwiesen werde, daß das Erbrecht erst nach dem Tode des Erblassers eintrete. „Es setzt also", heißt es weiter, „§. 551 a. b. G. B. nothwendig voraus, daß der Verzicht sich auf einen Fall bezieht, in welchem ohne denselben das Erbrecht des Verzichtleistenden wirklich eintreten würde, auf den Fall also, wo der Verzichtleistende den Erblasser wirklich überlebt. Man kann daher auch den Verlust der A nur auf ihr gehofftes, eventuelles, von der Bedingung des Ueberlebens noch abhängiges Recht beziehen, und kann den im §. 551 a. b. G. B. vorgesehenen Verzicht nur mit Einschränkung auf den Fall gelten lassen,

wo das Erbrecht, auf welches Verzicht geleistet wurde, das Erbrecht dieses Verzichtenden geworden ist. Eine abweichende Auffassung würde gegen die Grundsätze des Rechtes und der Billigkeit verstoßen, mit welchen es sich gewiß nicht in Einklang bringen ließe, daß dem Vater oder Großvater gestattet sein soll, durch entgeltlichen oder unentgeltlichen Verzicht die Kinder oder Enkel eines Erbrechtes zu berauben, welches erst nach seinem Tode eintritt. Die eben angedeutete einschränkende Auslegung dagegen hat für sich, daß sie zu der Bestimmung der §§. 788 und 790 a. b. G. B., nach welchen die Descendenten dasjenige, was die Ascendenten wirklich empfangen haben, sich einrechnen lassen müssen, und zu der Bestimmung der §§. 541 und 780 a. b. G. B. paßt, welche bestimmt sind, die Descendenten vor Benachtheiligung durch die schlechte Vorsorge der Ascendenten zu schützen. Zwar ist bemerkt worden, daß unter dieser Voraussetzung der ausdrückliche Beisatz: „„Der Verzicht wirke auch auf die Nachkommen““, überflüssig wäre; allein es hätte ja ohne denselben der Zweifel entstehen können, ob nicht Ascendenten, welche im Voraus verzichtet haben, nach §. 767 a. b. G. B. als gar nicht existirend anzusehen seien, so daß ihre Descendenten bei ihren Lebzeiten als Pflichttheilnehmer eingetreten wären, und dieser Zweifel ist durch den Beisatz gehoben.“

Gründe der dritten Instanz: „Der Pflichttheil ist nach den §§. 762, 763 und 764 a. b. G. B. ein den dort bezeichneten Personen gebührender Erbtheil, weshalb alles dasjenige, was im achten Capitel des zweiten Theiles a. b. G. B. über das Erbrecht überhaupt angeordnet ist, der Regel nach auch auf den Pflichttheil anzuwenden ist. Nach §. 551 a. b. G. B. ist derjenige, welcher über sein Erbrecht selbst giltig verfügen kann, auch befugt, im Voraus darauf Verzicht zu thun, und wirkt eine solche Verzichtleistung auch auf die Nachkommenschaft — ohne daß das Gesetz eine Unterscheidung für den Fall macht, daß der Verzichtende früher stirbt als derjenige, auf dessen Erbschaft er Verzicht geleistet hat. Auch muß der Ausdruck: „„sein Erbrecht““ im §. 551 a. b. G. B. etwas anderes bedeuten, als eine Beziehung auf §. 536 a. b. G. B.; denn wenn er sich nur auf einen wirklichen Erbanfall beziehen sollte, so wäre es geradezu unrichtig, wenn es im §. 551 a. b. G. B. heißt, daß auch im Voraus auf das Erbrecht verzichtet werden könne. Namentlich aber bedarf der Notherbe oder Pflichttheilnehmer nicht erst des wirklichen Erbanfalls, um von seinem Erbrecht sprechen zu können. — Die §§. 541 und 780 a. b. G. B. haben zwei von dem vorliegenden ganz verschiedene Fälle vor Augen und machen überdies nur eine Ausnahme von der Regel des §. 537 a. b. G. B.“

Nr. 152.

Abschließung eines mündlichen Vertrages unter gleichzeitiger Verabredung, daß derselbe schriftlich abgefaßt werde.

Entsch. v. 3. Jänner 1856, Nr. 12586 (Best. des das Urtheil des B. G. Seliste v. 13. Juli 1855, Nr. 1379 abändernden Urtheils des O. L. G. Hermannstadt vom 3. Sept. 1855, Nr. 5634). Zeitschr. f. Gesetzkunde, Jahrg. I., Nr. 39.

A behauptet in seiner Klage gegen B, mit diesem am 29. Jänner 1854 einen mündlichen Kaufvertrag des Inhaltes geschlossen zu haben, daß B dem A sein Wirthshaus um den Preis von 5000 fl. C. M. verkaufe; B gibt an, daß hiebei verabredet worden sei, A solle den Kaufschilling in zwei gleichen, am 1. Februar und 1. März fälligen Raten bezahlen, B dagegen verpflichtet sein, das Wirthshaus am 1. April 1854 dem A in das Eigenthum zu übergeben; ferner daß zugleich festgesetzt worden sei, es solle bei Entrichtung der ersten Kaufschillingsrate am 1. Februar 1854 dieser mündlich abgeschlossene Kaufvertrag schriftlich abgefaßt werden; endlich daß A bei Abschluß dieses mündlichen Kaufvertrags dem B 40 fl. C. M. und 3 Ducaten als Angeld übergeben habe, welche B als solches angenommen habe. Auf Grund dieses Vorgangs verlangt A mit der Klage vom 11. Februar 1854 die Uebergabe des verkauften Wirthshauses gegen Entrichtung des bedungenen Kaufschillings von 5000 fl. C. M. und die Ausstellung einer schriftlichen Vertragsurkunde. B macht in der Einrede geltend, daß der Kaufvertrag, worauf der Kläger seinen Anspruch stütze, wirkungslos sei, da sich nach den eigenen Anführungen des A die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrag verabredet hätten, welcher nach §. 884 a. b. G. B. vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen anzusehen sei. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß; in den Entscheidungsgründen heißt es: „Die Einwendung des Geklagten würde allerdings maßgebend sein, wenn es sich hier um eine Verabredung auf einen derzeit noch nicht bestehenden, erst schriftlich abzuschließenden Vertrag handeln würde; denn in diesem Falle würde der Vertrag nach §. 884 a. b. G. B. vor der Unterschrift der Parteien für geschlossen nicht zu halten sein. Nun aber haben sich die Parteien über die Vertragspunkte ausdrücklich einverstanden und den Vertrag sogleich abgeschlossen; es wurde zum Zeichen der Abschließung dieses Vertrages ein Angeld gegeben und angenommen, und nur festgesetzt, über diesen bereits abgeschlossenen Vertrag bei Entrichtung der ersten Rate eine schriftliche Urkunde aufzusetzen." Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, „weil sich die Parteien zu einem schriftlichen Vertrag verabredet haben, in welchem Sinne der Vertrag nach §. 884 a. b. G. B. vor der Unterschrift der Parteien für abgeschlossen nicht anzusehen ist. Die nämliche Verabredung zur Abschließung des schriftlichen Contracts könnte nur als Punctation im Sinne des §. 885 a. b. G. B.

angesehen werden, allein auch als solche hat sie für die Parteien keine bindende Kraft, weil darüber kein von den Paciscenten gefertigter schriftlicher Aufsatz besteht. Das vom Kläger gegebene und vom Geklagten angenommene Angeld von 40 fl. und 3 Ducaten ändert gar nichts an der Sache, da das Angeld, wenn es Rechte und Verbindlichkeiten befestigen soll, das Bestehen eines rechtsgiltigen, die Parteien bindenden Vertrags voraussetzt (§. 908 a. b. G. B.), welcher im vorliegenden Falle mangelt, daher auch das Angeld jede Bedeutung verliert.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Wenn auch alle Bedingungen, welche einer der Zeugen anführt und welche Kläger zu beschwören bereit ist, zwischen den Parteien in Absicht auf den Verkauf des dem Beklagten gehörigen Wirthshauses wirklich mündlich verabredet wurden, und solches mit einem Angeld bekräftigt worden ist, so haben sich doch die Parteien, wie Kläger selbst angibt, zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, welcher nach §. 884 a. b. G. B. erst durch die Unterschrift der Parteien für geschlossen angesehen werden kann. Da aber ein solcher schriftlicher Vertrag gar nicht zu Stande kam, so mangelt die Grundlage für den Vollzug des Verkaufs. Es kann demnach auf Uebergabe des streitigen Wirthshauses ebensowenig erkannt, als nach Verabredung eines schriftlichen Vertrages das Bestehen eines mündlichen Vertrages vorausgesetzt werden, dessen Ausstellung in schriftlicher Fassung Kläger verlangt.“

Nr. 153.

Aufhebung eines rechtskräftigen Intabulationsbescheides von Amtswegen.

Entsch. v. 3. Jänner 1856, Nr. 12954 (Best. der den Bescheid des B. G. Kojetein vom 1. August 1854, Nr. 4424 aufhebenden Verordnung des O. L. G. Brünn v. 5. Juli 1855, Nr. 1531). G. Z. 1856, Nr. 91.

Nr. 154.

Auslegung eines Testamentes: Gemeine oder fideicommissarische Substitution?

Entsch. v. 8. Jänner 1856, Nr. 12163 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia vom 30. Juli 1855, Nr. 7490 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 27. Sept. 1855, Nr. 10097). Gaz. d. Trib. 1856, S. 169.

Der Advocat M hatte in seinem Testamente „seine Neffen“ zu Erben eingesetzt, und „in Ermanglung männlicher Descendenz eines derselben die Söhne der anderen eingesetzten Erben substituirt“. In dieser Anordnung sieht die erste Instanz eine fideicommissarische Substitution; die beiden höheren nehmen nur eine gemeine Substitution an.

Gründe der dritten Instanz: „Es findet sich im Testamente des erwähnten Advocaten kein Ausdruck, welcher darauf hinwiese, daß eine fideicommissarische Substitution im Sinne der §§. 608 und 610 a. b. G. B. und nicht vielmehr blos eine gemeine im Sinne des §. 604 a. b. G. B. gemeint sei. Zieht man nun in Betracht, daß nach §. 536 a. b. G. B. das Erbrecht erst beim Tode des Erblassers eintritt, und daß, wenn der muthmaßliche Erbe vor demselben stirbt, er die noch nicht erlangte Erbschaft auch nicht auf seine Erben übertragen kann, so erscheint als der natürliche und klare Sinn jenes Testaments-Paragraphen, um dessen Auslegung es sich handelt, daß er seine Neffen zu Erben einsetzte, und demjenigen oder denjenigen von ihnen, welche vor ihm sterben und daher die Erbschaft nicht erlangen sollten, deren Söhne, und falls einer derselben keine männliche Nachkommenschaft hinterlassen sollte, die Söhne der anderen genannten Brüder substituirte. Das Testament des Advocaten M ordnet daher nur eine gemeine Substitution an, und wenn darüber überhaupt noch ein Zweifel bestände, so würde er durch §. 614 a. b. B. G. gehoben, nach welchem die zweifelhaft ausgedrückte Substitution auf eine solche Art auszulegen ist, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigenthum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird.“

Nr. 155.

Beleidigung des Erblassers als Grund der Erbunwürdigkeit.

Entsch. v. 22. Jänner 1856, Nr. 10490 (Best. des Urtheils des K. G. St. Pölten v. 9. März 1855, Nr. 1013, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 18. Juli 1855, Nr. 7204). Gerichtsh. 1857, S. 214.

Einer Klage auf Ergänzung des Pflichttheils war unter anderem entgegengesetzt worden, Kläger habe sich des Erbrechtes dadurch unwürdig

gemacht, daß er die Erblasserin, seine Mutter, ungefähr drei Jahre vor ihrem Tode auf einer Hutweide eine „alte Gatsche (Ente)“ geschimpft habe. Die zweite Instanz wendete auf den Fall die §§. 540 und 770 a. b. G. B. an. Der oberste Gerichtshof sprach, indem er die entgegengesetzte Entscheidung der ersten Instanz bestätigte, aus: „Nicht wegen einer jeden, selbst an einem öffentlichen Orte vorgebrachten Beschimpfung könne wider den Thäter nach dem Strafgesetze verfahren werden, weil es hiebei auf Umstände und Verhältnisse ankomme, unter welchen eine beleidigende Aeußerung vorgebracht ist; ferner könne, abgesehen von besonderen Umständen und Verhältnissen, nicht beurtheilt werden, ob von Seite des Beleidigers wirklich der animus injuriandi und der nach §. 540 a. b. G. B. erforderliche böse Vorsatz vorhanden gewesen sei.“

Nr. 156.

Ablagerung von Sand auf dem verpachteten Grundstück durch Ueberschwemmung.

Entsch. v. 22. Jänner 1856, Nr. 514 (Best. des das Urtheil der Prätur Brescia vom 28. Juni 1855, Nr. 15338, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 12. Oct. 1855, Nr. 12302). Gaz. d. Trib. 1856, S. 378.

Ein verpachtetes Grundstück wurde überschwemmt, und es blieb auf demselben eine Art von Sand zurück, welche wegen ihrer Brauchbarkeit für verschiedene industrielle Zwecke ziemlich gesucht ist. Der Pächter ließ den Sand wegschaffen und verkaufte ihn; dagegen erhob nun der Verpächter Einsprache, indem er auf den Sand als Zuwachs seines Grundes Eigenthumsansprüche erhob, und begehrte, daß dem Pächter die Fortschaffung des Sandes untersagt und derselbe zur Ersatzleistung für den schon fortgeschafften Sand verhalten werde. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt; die beiden höheren Gerichte wiesen es ab.

Gründe der dritten Instanz: „Der von den ausgetretenen Gewässern des Flusses Melta auf dem verpachteten Grundstücke zurückgebliebene Niederschlag war nicht bestimmt, einen integrirenden Theil des Grundes zu bilden, auf dem er lag; er mußte vielmehr von demselben hinweggenommen und entfernt werden, da er die Benützung des Grundstückes selbst verhinderte. Es entfallen somit alle diejenigen Gründe, vermöge deren der Kläger einen Anspruch darauf erhebt, daß sein Begehren mit Rücksicht auf die Grundsätze über den Zuwachs beurtheilt werde. Weit entfernt also, ein Recht zu haben, dem Geklagten die Verpflichtung aufzuerlegen, den fraglichen Sand auf einem Theile des gepachteten Grundes zu dulden, und den angeblichen Zuwachs zu schonen, wäre es vielmehr die Pflicht des Klägers gewesen, dieses Hinderniß des Gebrauchs

des verpachteten Grundstückes zu entfernen. Wenn nun der Kläger, welcher doch bereitwillig den ganzen Pachtzins in Empfang nahm, dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, so hatte jedenfalls der Geklagte selbst das Recht, das Entsprechende vorzukehren, um sich den Gebrauch der ihm in Bestand gegebenen Sache zu sichern. Da nun der Kläger den Geklagten nicht hindern konnte und nicht hindern kann, den Sand, der ihn an dem erwähnten Gebrauche hindert, wegzuwerfen, in den Fluß zurückzuführen, oder sonst zu verstreuen, so kann er auch das Recht nicht in Anspruch nehmen, von ihm eine Rechnungslegung über den Nutzen zu fordern', welchen er sich durch jenen Sand allenfalls verschafft haben mag."

Nr. 157.

Stillschweigende Einwilligung. — Verjährbarkeit der Erbtheilungsklage.

Entsch. v. 29. Jänner 1856, Nr. 9497 (Best. des Urtheils der Prätur Sacile v. 1. April 1855', Nr. 1415, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 9. Juni 1855, Nr. 10355). Eco d. Trib. 1856, S. 139 ff. Giorn. d. Giurispr. pr. 1856, S. 347 ff.; Eco d. Trib. 1856, S. 299.

Im Jahre 1815 starb Peter M und hinterließ sieben Kinder, worunter auch die Tochter A. In Ausführung eines auf Verlangen der Geschwister von einem Dritten entworfenen Theilungsprojectes wurde der A im Jahre 1816 ein Grundstück aus der Verlassenschaft zugewiesen, welches sie seitdem besessen hat. Im Jahre 1853 trat sie nun mit einer Klage gegen ihre Geschwister, beziehungsweise die an deren Stelle getretenen Kinder auf, behauptete, die Erbschaft sei noch nicht getheilt, auch jene Zuweisung nicht mit ihrer Zustimmung erfolgt, und forderte die Theilung des Nachlasses und aller fällig gewordenen Nutzungen. Die erste und dritte Instanz wiesen das Klagebegehren unbedingt ab; die zweite ordnete den Zeugenbeweis an, indem sie im Princip das Klagebegehren zuließ.

Gründe der zweiten Instanz: „Als Intestaterbin nach ihrem Vater ist die Klägerin zur Anstellung der actio familiae erciscundae berechtigt. Das Begehren auf Theilung der Erbschaftsmasse kann jeder Miterbe zu jeder beliebigen Zeit stellen, und es steht ihm dabei im Princip auch der Ablauf eines Zeitraumes von mehr als dreißig Jahren nicht entgegen; denn bis zur wirklichen Theilung besitzt der Miterbe nicht blos im eigenen Namen, sondern auch in dem der anderen Erben, und auch die dreißigjährige Verjährung (Ersitzung) kann nur derjenige Besitzer mit Erfolg geltend machen, welcher den Willen hat, die Sache lediglich im eigenen Namen innezuhaben und sie als nur ihm eigen zu behandeln."

Gründe der dritten Instanz: „Durch den Tod des Peter M und durch die ausdrückliche Willenserklärung seiner Kinder, das gemeinschaftliche Familienleben nicht länger fortsetzen zu wollen, wurden die entsprechenden persönlichen Beziehungen aufgelöst (vennero a cessare i relativi vincoli personali) und blieben nur mehr die Vermögensrechte übrig, welche ursprünglich aus jener Gemeinschaft entstanden sind (essendo rimasti fermi unicamente i diritti reali, che originariamente derivarono da tale communione), auf welche jedoch der letzte Satz des §. 1481 a. b. G. B. keine Anwendung findet.... Der Besitz des der Klägerin zugewiesenen Grundstückes und ihr bisheriges Stillschweigen, trotz der ihr bekannten Absicht der Miterben, sie durch Zuweisung desselben abzufinden, begründen eine stillschweigende Erklärung der Einwilligung im Sinne des §. 863 a. b. G. B... Jedenfalls wäre das Recht der Klägerin in Folge der dreißigjährigen Nichtausübung verjährt."

Nr. 158.

Einrechnung der Ferialtage in die vierzehntägige Urtheilsfrist.

Entsch. v. 30. Jänner 1856, Nr. 721 (Best. des Bescheides des B. G. Bozen v. 1. Nov. 1855, Nr. 10126, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Innsbruck v. 27. Nov. 1855, Nr. 5016). G. Z. 1856, Nr. 63.

A suchte auf Grund eines rechtskräftigen, in dritter Instanz ergangenen Urtheils gegen B am 15. Kalendertage nach der Zustellung die executive Pfändung an, welche ihm die erste Instanz bewilligte. Die zweite Instanz gab dem dagegen eingebrachten Recurse statt, weil in die Urtheilsfrist von 14 Tagen die Ferialtage nicht einzurechnen seien. Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung aus folgenden Gründen: „Der §. 525 und überhaupt das 37. Hauptstück der westgal. G. O. findet blos auf die Fristen Anwendung, welche im Laufe des Verfahrens vorkommen. In die Executionsfristen sind die Tage der Ferien zweifelsohne einzurechnen, wie aus dem Inhalte der §§. 400, 502, 503 westgal. G. O. klar hervorgeht. Endlich ist auch mit dem Hofdecret des früher bestandenen lombard.-venet. Senats vom 11. Juli 1825, Nr. 1708, zur Lösung entstandener Zweifel das Nämliche erklärt worden."

Nr. 159.

Rechnungsproceß. Sofortige Abweisung einer Klage, womit die Genehmigung einer Rechnung und zugleich die Liquidhaltung der sich daraus ergebenden Forderung begehrt wird.

Entsch. v. 30. Jänner 1856, Nr. 724 (Best. des das Urtheil der Prätur Dolo vom 24. Jänner 1855, Nr. 8013, aufhebenden Decrets des O. L. G. Venedig vom 13. Sept. 1855, Nr. 14513). Eco dei Trib. 1856, S. 98 ff.

A war verurtheilt worden, dem B Rechnung zu legen. Er überreichte nun eine Klage, welcher eine Rechnung beigeschlossen war, mit dem Begehren: diese Rechnung sei für genehmigt und das für ihn sich daraus ergebende Guthaben für liquid zu halten. B überreicht eine Einrede statt der Mängel. Nach Inrotulirung der Acten erkannte die erste Instanz dem Klagebegehren gemäß. Das Oberlandesgericht annullirte dieses Erkenntniß und das ganze gerichtsordnungswidrige Verfahren und trug der ersten Instanz auf, diese Klage mit der Weisung zurückzustellen: „Kläger habe die ihm durch Urtheil aufgetragene Rechnung mittelst einer Klage zu legen, in welcher nur das im §. 156 ital. G. O. (§. 100 a. G. O.) vorgesehene Begehren („die Rechnung genehm zu halten oder zu bemängeln") mit Weglassung aller dem Rechnungsproceß fremden Gegenstände zu stellen sei." Die dritte Instanz bestätigte diese Verfügung im Einklang mit der Ansicht des O. L. G.

Nr. 160.

Erbrecht der Descendenten, deren Eltern durch letztwillige Anordnung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind.

Entsch. v. 19. Februar 1856, Nr. 12034 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Mailand v. 27. April 1855, Nr. 1179, und des O. L. G. Mailand v. 6. Sept. 1855, Nr. 7240). Gaz. d. Trib. 1856, S. 186 ff.

M hinterließ eine letztwillige Anordnung, in welcher nur verfügt war, daß sein Bruder B, seine Schwester C und der Sohn der letzteren, D, von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein sollen. Obgleich nun noch andere Verwandte der zweiten Linie, nämlich Descendenten der B, der C und des D, vorhanden waren, nahmen doch die Verwandten der dritten Linie das Erbrecht für sich in Anspruch. Ihr darauf gerichtetes Begehren wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

Gründe der dritten Instanz: „Die Kläger geben selbst zu, daß sie in die dritte Linie der gesetzlichen Erben gehören. Es könnte daher die streitige Erbschaft ihnen nach §. 738 a. b. G. B. nur dann zufallen,

wenn die Eltern des Erblassers ohne Hinterlassung von Descendenten gestorben wären. Allein im vorliegenden Falle trifft dieses nicht zu, da die Kläger selbst anerkennen müssen, daß die Geklagten von den Eltern des Erblassers abstammen, und daß sie als solche in die zweite Linie der gesetzlichen Erben gehören. Allerdings berufen sie sich auf deren Ausschließung durch das erwähnte Testament; allein dem steht entgegen, daß der Erblasser, wohl wissend, daß sowohl sein Bruder B als seine Schwester C Kinder haben, und daß, wenn er ohne Hinterlassung eines Testamentes stürbe, jener Bruder und jene Schwester mit ihren Descendenten als in der zweiten Linie begriffen, zur Erbschaft berufen wären, dennoch nur verfügt hat, daß der B und die C, dann der Sohn der letzteren D von der gesetzlichen Erbfolge in seinen Nachlaß ausgeschlossen sein sollen. Eine solche Erklärung, welche nur eine Modification der vom Gesetze aufgestellten Erbfolgeordnung vorschreibt, ist auch gesetzlich nicht verboten, und sie stand dem Erblasser um so mehr frei, als er, da er keine Notherben hatte, über sein Vermögen nach Belieben verfügen, und auch einen Dritten, der überhaupt nicht zur gesetzlichen Erbfolge berufen wäre, als Erben einsetzen konnte. Daraus übrigens, daß er dieses nicht gethan hat, so wie aus dem ganzen Wortlaute seiner letztwilligen Erklärung kann man nur folgern, es sei seine Absicht gewesen, daß diese Erbschaft seinen Verwandten in zweiter Linie in der vom Gesetze bestimmten Ordnung, jedoch mit Ausschluß der erwähnten Personen, zufallen solle, und die specielle Ausschließung des D beweist sogar ausdrücklich, daß er die übrigen Descendenten seines Bruders und seiner Schwester als zur Nachfolge Berufene ansehen wollte."

Nr. 161.

Testament mit derogatorischer Clausel. — Auslegung des Ausdruckes: „testamentarische Anordnung".

Entsch. v. 19. Febrnar 1856, Nr. 1388 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia vom 13. August 1855, Nr. 7244 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 18. Oct. 1855, Nr. 10795). Gaz. d. Trib. 1856, S. 270 ff. Eco d. Trib. 1857, S. 371 ff.

Der Erblasser M hat am 18. Februar 1852 ein Testament errichtet, in welchem er jede frühere oder spätere „testamentarische Anordnung" für ungiltig erklärt, welche nicht mit den Worten endigt: „Jesu, mi amatissime, miserere mei; Sancte Pater Francisce, ora pro me nunc et in hora mortis meae." Am 28. Februar 1852 errichtete er ein Codicill, welches so beginnt: „Mit gegenwärtigem Codicill ordne ich unter Aufrechthaltung des Testamentes, welches ich am 18. Februar 1852 errichtet, und das mit den Worten endigt: „„Jesu (u. s. w. bis meae)""

Nachstehendes an" u. s. w. Am Schlusse finden sich die erwähnten Worte nicht. Es ward nun unter Anderem auch darüber gestritten, ob das Codicill giltig sei. — Die erste Instanz erhielt es aufrecht, weil der Erblasser nur von testamentarischen Anordnungen in der derogatorischen Clausel gesprochen habe. Die beiden höheren Instanzen erklärten das Codicill für ungiltig.

Gründe der zweiten Instanz: „Nach gemeinem Sprachgebrauche und auch im Sinne des Gesetzes umfaßt der Ausdruck: „„testamentarische Anordnung"" sowohl das Testament als auch das Codicill; denn das Gesetz nennt sowohl denjenigen, welcher einen Erben einsetzt, als auch denjenigen, welcher Legate anordnet, Testator. Auch kann man nicht daran zweifeln, daß der §. 577 a. b. G. B., wo davon die Rede ist, wie ein Testament errichtet werden könne, auch für Codicille giltig sei, da es in dem unmittelbar darauf folgenden Paragraph, wo von den Details der Form die Rede ist, ausdrücklich heißt, daß derjenige, welcher schriftlich und ohne Zeugen testiren wolle, das Testament oder Codicill eigenhändig schreiben müsse. Testament, oder besser testamentarische Anordnung umfaßt also — in Beziehung auf alles dasjenige, was die äußeren Bedingungen der Giltigkeit betrifft — im weiteren Sinne jede letztwillige Erklärung."

Gründe der dritten Instanz: „Wie das Oberlandesgericht nachgewiesen hat, muß man annehmen, daß der Erblasser, indem er im Testamente vom 18. Februar 1852 den Ausdruck „„testamentarische Anordnung"" gebrauchte, damit jede letztwillige Erklärung ohne Unterschied bezeichnete. Im Codicill v. 28. Februar 1852 ist die derogatorische Clausel nicht widerrufen, sondern lediglich erwähnt, und zwar so, daß sie nicht, wie gefordert werden müßte, am Ende, sondern im Contexte des Aufsatzes selbst, ja sogar am Eingange desselben, und zwar nur nebenher angeführt ist, weshalb man nicht annehmen kann, daß dieses Codicill mit jenem bestimmten Merkmale, welches §. 716 a. b. G. B. erwähnt, versehen sei. Es war also in diesem Codicill die Bedingung der Giltigkeit, welcher der Erblasser selbst jede künftige Erklärung seines letzten Willens unterworfen hatte, nicht erfüllt. Es ist somit auch die Hypothese unzulässig, daß der Erblasser die erwähnte Clausel, indem er sie in erzählender Weise citirte, dem Codicill selbst einverleiben wollte. Denn, wenn in einem Act irgend eine wesentliche Form nicht in bestimmter und vollständiger Weise erfüllt ist, ist es überflüssig, weiter nach dem Willen des Urhebers derselben zu forschen. Man würde sich sonst mit dem Sinne des Gesetzes in Widerspruch bringen, welches, indem es die Vorsichtsmaßregel der derogatorischen Clausel zuließ, eben die Absicht hatte, einen bestimmten Anhaltspunkt, gewissermaßen materielle Criterien an die Stelle einfacher und oft trügender Vermuthungen über den wirklichen, wahren und freien Willen des Testirenden zu setzen."

Nr. 162.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Vermächtniß sämmtlicher im Wohnhause des Erblassers befindlichen beweglichen Sachen.

Entsch. v. 19. Februar 1856, Nr. 1507 (Best. des das Urtheil des L. G. Venedig v. 11. Juni 1855, Nr. 3409, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 20. Sept. 1855, Nr. 15571). Eco d. Trib. 1856, S. 157 ff. Giorn. di Giurispr. pr. 1856, S. 350 ff.

Maria M besaß ein Haus in Venedig, welches sie in der Regel bewohnte; sie starb während eines Besuches, den sie in Rivignano machte, und hinterließ ein lange vorher verfaßtes Testament, in welchem sie einige Pensionen aussetzt, einen Theil ihrer Mobilien und die Wäsche bestimmten Personen, anderen die Realitäten vermacht, und dann folgende Anordnung trifft: „Alle meine übrigen beweglichen Sachen (tutto il resto del mobiliare), welche sich zur Zeit meines Todes in meinem Wohnhause befinden, unter was immer für einer Benennung, jedoch mit Ausnahme des baaren Geldes und der Creditspapiere, vermache ich dem A." Endlich wird B mit der Formel zum Universalerben eingesetzt: er solle „alles Uebrige, Gelder, Klagen und Forderungen, Alles mit eingeschlossen, nichts ausgenommen", erhalten. Der Erbe gibt dem A bereitwillig alle aus dem Titel seines Legates in Anspruch genommenen Sachen, die sich im Hause in Venedig befinden, nur über den Schmuck der Verstorbenen, den sie mit sich nach Rivignano genommen, entspinnt sich Streit. B behauptet, der Schmuck sei überhaupt nicht mit vermacht, und gebühre A schon deshalb nicht, weil derselbe beim Tode der Erblasserin sich nicht im Hause in Venedig befand. Die erste Instanz schließt sich dieser Auffassung an, und weist das Klagebegehren des Legatars A ab; die zweite Instanz dagegen gibt ihr statt, und ihr Urtheil wird vom obersten Gerichtshofe unter Adoptirung der Entscheidungsgründe derselben bestätigt.

In den Gründen der zweiten Instanz wird zunächst ausgeführt, daß hier nicht das im §. 674 a. b. G. B. erwähnte Specialvermächtniß vorliege. Suche man schon nach einer Analogie unter den im Gesetze erwähnten Specialvermächtnissen, so würde die Bestimmung des §. 677 a. b. G. B. als die nächst verwandte erscheinen, nach welcher das Vermächtniß eines Schrankes oder anderen Behältnisses, auch das darin enthaltene Gold, Silber, Juwelen, das baare Geld ꝛc. mit umfaßt. „Hält man sich aber an die allgemeinen Rechtsgrundsätze und den wirklichen Willen der Erblasserin, so kann man mit Grund annehmen, daß das für A ausgesetzte Vermächtniß das ganze in der Wohnung der Verstorbenen befindliche bewegliche Vermögen derselben umfaßt, über welches nicht anderweitig disponirt ist. Auch kann die Ausnahme des Geldes und der Creditspapiere nicht als eine überflüssige Vorsichtsmaßregel angesehen werden; vielmehr dient sie eben dazu, über die eigentliche Absicht

der Erblasserin Aufklärung zu verschaffen. Der Umstand, daß die Schmucksachen sich beim Tode der Erblasserin nicht in ihrer Wohnung, sondern in dem Hause, wo sie starb, befanden, kann an dem Rechte des A nichts ändern; denn sie hörten dadurch, daß die Erblasserin sie zu ihrem Gebrauche mit fort nahm, im juristischen Sinne nicht auf, zu ihrem Hause zu gehören (di formar parte integrante degli oggetti di sua casa)."

Nr. 163.

Erwerbung des Eigenthumsrechtes an Frachtgütern durch Einhändigung der Factura. — Verhältniß des Spediteurs zu dem Adressaten. — Vergütung der Speditionsspesen.

Entsch. v. 20. Februar 1856, Nr. 1103 (theilweise Best. des das Urtheil des H. G. Wien vom 18. Juni 1855, Nr. 19328 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 3. Oct. 1855, Nr. 10304). G. Z. 1856, Nr. 58.

Nr. 164.

Verweisung eines Gesuches um Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens auf den Rechtsweg.

Entsch. v. 26. Februar 1856, Nr. 1050 (Best. des Bescheides des B. G. Wien vom 30. October 1855, Nr. 24377, Abänd. des Decrets des O. L. G. Wien vom 18. Dec. 1855, Nr. 16148). G. Z. 1856, Nr. 49.

Die Erbin A bat, da zwischen ihr und dem Substitutionscurator Streit über die Vertheilung des aus der M'schen Verlassenschaft und der N'schen Substitutionsmasse bestehenden gemeinschaftlichen Nachlaßvermögens entstand, in einem Gesuche um gerichtliche Bestimmung der ihr in natura gebührenden Verlassenschaftseffecten, in einem anderen Gesuche um Vertheilung und Zuweisung der deponirten öffentlichen Obligationen und Werthpapiere. Die erste Instanz verwies über den Widerspruch des Substitutionscurators beide Gesuche auf den Rechtsweg, unter Berufung auf §. 2 Ziff. 7 des Patentes vom 9. August 1854, wornach der Richter angewiesen ist, im nichtstreitigen Verfahren über streitige Rechte der Parteien nicht voreilig zu entscheiden. Die zweite Instanz gab dem ersten Gesuche keine Folge, wohl aber dem zweiten. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Das Verlassenschaftsvermögen ist ein gemeinschaftliches Gut der Substitution und der A; dasselbe kann daher nach §. 841 a. b. G. B. nur unter Zustimmung der beiden Parteien getheilt werden, widrigens die

Theilung, wenn sie sich nicht auf das Loos oder einen Schiedsrichter einigen, vom Richter vorgenommen werden muß, welcher jedoch dabei nur in Gemäßheit der Gerichtsordnung vorgehen darf. Da nun im vorliegenden Falle der Substitutionscurator mit der von der A in Antrag gebrachten Theilung nicht einverstanden ist, sondern um die Verweisung der A auf den Rechtsweg gebeten hat, so ist die einseitig beantragte Theilung als streitig anzusehen, und der im §. 2, Ziff. 7 des kais. Patentes vom 9. August 1854 vorgesehene Fall vorhanden, wonach die Abhandlungsbehörde mit keiner Entscheidung vorgehen kann, sondern die A mit ihrem Anspruche auf die projectirte, vom Substitutionscurator in Streit gezogene Theilung auf den Rechtsweg gewiesen werden muß."

Nr. 165.

Schenkung auf den Todesfall: Vertrag oder Legat?

Entsch. v. 26. Februar 1856, Nr. 1759 (Best. des das Urtheil des ehemaligen Justizamtes Wieliczka v. 31. Mai 1855, Nr. 7 abänd. Urtheils des O. L. G. Krakau v. 29. Sept. 1855, Nr. 302). G. Z. 1856, Nr. 53.

A klagte seinen Bruder B auf Uebergabe der nach dem Tode ihres Vaters M verbliebenen Wirthschaft und Rechnungslegung über die seit dem Todestage des Vaters bezogenen Einkünfte, und stützte sich auf die Urkunde vom 11. December 1845, worin ihm der Vater die gedachte Wirthschaft bei Lebzeiten des Geklagten, und zwar unter Beitritt desselben überlassen habe, welcher hiemit auf seine Rechte bezüglich dieser Wirthschaft verzichtet habe. Der Geklagte gesteht in der Einrede zu, daß sein Vater die vom Kläger berufene Verfügung getroffen habe, erklärt dieselbe jedoch mit Rücksicht auf den Umstand, daß auf dieser Urkunde die Unterschrift des A nicht ersichtlich sei, für eine letztwillige Anordnung, und erweist, daß der Vater später ein Testament dd. 15. April 1849 schriftlich verfaßt habe, auf dessen Grundlage ihm auch wirklich die väterliche Erbschaft eingeantwortet, und der physische Besitz der gedachten Grundwirthschaft eingeräumt wurde. In Folge dieser Einwendung bot Kläger in der Replik den Beweis durch Zeugen und seinen Erfüllungseid darüber an, daß sein Vater durch das Rechtsgeschäft vom 11. December 1845 ihm die streitige Wirthschaft bei Lebzeiten abgetreten, und daß er dieselbe ausdrücklich angenommen habe. Das Gericht erster Instanz erkannte durch Beiurtheil auf diesen Zeugenbeweis, dessen Ergebniß dahin ausfiel, daß die vernommenen Zeugen einstimmig aussagten, M habe in ihrer Gegenwart durch den Rechtsact vom 11. December 1845 die Wirthschaft seinem Sohne A in das Eigenthum überlassen. In Folge dessen fällte die erste Instanz das Erkenntniß auf Abtretung der

Grundwirthschaft an den Kläger, wies dagegen das Begehren auf Rechnungslegung über die bezogenen Nutzungen zurück, weil Geklagter in Betracht dessen, daß M zu seinen Gunsten letztwillig verfügte, und er seinen Besitz auf das Einantwortungsdecret stützte, als redlicher Besitzer erscheint, und als solcher gemäß §§. 329 und 330 a. b. G. B. zum Bezuge der Nutzungen ohne Ersatzverpflichtung, worauf die beanspruchte Rechnungslegung hinzielt, berechtiget war. — Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren durchaus ab; in den Entscheidungsgründen heißt es unter Anderem: „Bei dem unbestrittenen Bestande des Testamentes vom 15. April 1849 hängt die Entscheidung dieses Streites davon ab, ob die Urkunde vom 11. December 1845 als Vertrag oder als Codicill anzusehen ist. Ein schriftliche Vertrag ist jene Urkunde nicht, weil nach §. 884 a. b. G. B. ein solcher vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen wird, jene Urkunde aber vom Kläger als Geschenknehmer nicht unterschrieben ist. Es soll zwar durch Zeugen die mündliche Annahme von Seite des Geschenknehmers nachgewiesen werden. Allein dadurch wird die gedachte Urkunde noch nicht in einen schriflichen Vertrag umgewandelt; ein mündlicher Schenkungsvertrag aber gibt nach §. 943 a. b. G. B. dem Geschenknehmer kein Klagerecht, wenn die geschenkte Sache nicht wirklich übergeben worden ist, was in dem vorliegenden Falle nach der eigenen Behauptung des Klägers nicht stattfand, nach welcher der Vater M darnach noch durch 8 Jahre bis zu seinem Tode den fraglichen Grund besaß, und darüber letztwillig verfügte. Der diesfällige Zeugenbeweis ist daher völlig unentscheidend. Endlich kann jene Urkunde auch nicht als vertragsmäßige Schenkung auf den Todesfall von Wirkung sein, weil ihr das im §. 956 a. b. G. B. vorgeschriebene wesentliche Erforderniß, daß der Schenkende sich des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, ausdrücklich begeben habe, fehlt. Diese Urkunde kann daher nur als letztwillige Verfügung angesehen werden.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Die Urkunde vom 11. December 1845, in welcher die Fertigung des Klägers und somit dessen Annahme fehlt, kann für einen schriftlichen Vertrag im Sinne des §. 884 a. b. G. B. nicht angenommen werden; eine symbolische Annahme ist aber bei einem schriftlichen Vertrage nicht zulässig, und diese könnte höchstens nur dann angenommen werden, wenn der geschenkte Gegenstand auch zugleich übergeben wurde. Der Geschenkgeber war aber im Besitze dieser Grundwirthschaft bis zu seinem in Jahre 1853 erfolgten Tode; dadurch hat er zu erkennen gegeben, daß er keineswegs einen Vertrag unter Lebenden geschlossen hat, womit auch der Kläger einverstanden war, da er seine vermeintlichen Rechte nicht geltend machte. Unter diesen Verhältnissen, da sich der Geschenkgeber seines Rechtes zum Widerrufe nicht ausdrücklich begeben hat (§. 956 a. b. G. B.), konnte derselbe rechtsgiltig mit jener Grundwirthschaft verfügen, und sie auch dem Geklagten überlassen, welcher in dem im Wege der Verlassenschaftsabhandlung ihm

zuerkannten Besitze um so mehr zu erhalten ist, als er auf diesen Nachlaß zu Gunsten des Klägers nicht verzichtete, und eine Verzichtleistung, wenn auch eine solche angenommen würde, ohne Uebertragung des Rechtes bloß ein einseitiger Act ist, wodurch Niemand ein Recht erwirbt. Dazu befindet sich der Belangte im rechtmäßigen und redlichen Besitz der Grundwirthschaft, somit gebührt demselben gesetzlich (§. 374 a. b. G. B.) der Vorzug."

Nr. 166.

Cession an Zahlungsstatt, oder zum Incasso behufs eventueller Befriedigung?

Entsch. v. 27. Februar 1856, Nr. 12853 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig vom 26. März 1855, Nr. 2272, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 30. August 1855, Nr. 13678). Eco d. Trib. 1856, S. 296 ff.

B brauchte Geld, und erhielt von A einen Vorschuß (sovvenzione) von 50.000 Lire, mit der Verpflichtung, diese Summe mit 6 Procent jährlich zu verzinsen. Zur Sicherstellung dieser Forderung trat B dem A eine noch nicht liquidirte Entschädigungsforderung im Betrage von 58.000 Lire ab. Alles dies ist in einem Briefe angegeben, in welchem B den A ermächtigt, die Entschädigungsforderung geltend zu machen, und aus dem Ertrage sich für Capital, Interessen und Spesen Befriedigung zu verschaffen, mit der Verpflichtung, den Ueberschuß an B abzuführen. Zugleich stellt aber B auch noch eine förmliche Cessionsurkunde aus. Von Jahr zu Jahr regeln die Contrahenten ihren Contocorrente, und nach Ablauf des siebenten Jahres hat A noch 39.000 Lire zu fordern, da 11.000 Lire bereits verrechnet und mit beiderseitiger Zustimmung abgeschrieben sind. Nach Ablauf des achten Jahres fordert A Bezahlung des Ganzen, indem er sich dagegen erbietet, alle jene Documente auszustellen, und alle jene Schritte zu thun, die nöthig sind, um die cedirte Entschädigungsforderung wieder zur ausschließlichen Disposition des B zu stellen. Letzterer wendet ein, es handle sich nicht um ein Darleihen, das zurückzuzahlen sei, sondern um einen Vorschuß, welcher durch Abtretung der Entschädigungsforderung sogleich beglichen worden sei. A könne aber nur auf diesem Wege sich Bezahlung verschaffen, und an B sich erst dann wenden, wenn die Uneinbringlichkeit dieser Forderung dargethan sei. Die erste und dritte Instanz verurtheilten den Geklagten; die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, und behielt dem Kläger nur das Recht zur Einbringung einer neuen Klage — entweder zur Regelung der Rechnung über die für B eincassirten Beträge oder zum Nachweis der Uneinbringlichkeit der cedirten Forderung — vor.

Gründe der zweiten Instanz: „Obgleich in der erwähnten Correspondenz angegeben ist, daß die Entschädigungsforderung zur Sicherstellung und als Pfand abgetreten wurde, so bildete diese Abtretung doch zugleich eine Art unmittelbarer Befriedigung, da sich B zu Gunsten des A der Möglichkeit beraubte, sein Recht selbst geltend zu machen; jene Angabe konnte also nur die Bestimmung haben, die ostensible Cession oder Anweisung pro soluto in eine bedingte Cession oder Anweisung pro solvendo zu verwandeln .... A aber hat, indem er das Geschäft abschloß, ausdrücklich erklärt, daß er den Vorschuß auf die erst zu liquidirende Entschädigungsforderung hin leiste, und es wurde daher auch kein Termin für die Rückzahlung des Vorschusses festgesetzt. Bei diesem gegenseitigen Rechtsverhältnisse konnte A von B nicht eher die Rückzahlung seines Vorschusses fordern, als bis der Ausgang der noch schwebenden Liquidationsverhandlungen bezüglich der Entschädigungsforderung bekannt, oder die Uneinbringlichkeit derselben dargethan ist. (§§. 1397, 1408 a. b. G. B.)

Gründe der dritten Instanz: „Nach dem nächstliegenden, natürlichsten Sinne der geführten Correspondenz hat B von A 50.000 Lire aus keinem anderen Titel als dem des Darlehens, gegen Cession einer Forderung erhalten, — welche Cession ihrer Form nach unbedingt lautete, um zu der Eincassirung zu legitimiren, in der That aber nur zur Bestellung eines Pfandes und eventuellen Bezahlung bestimmt war ... A ist also als Cessionar pro solvendo zu betrachten, und es bleiben ihm, auch ohne daß die Währung angegeben ist, in welcher die Rückzahlung erfolgen soll, alle Rechte bezüglich der Rückzahlung des gegebenen Darlehens vorbehalten ... Wenn ferner die Zeit der Rückzahlung nicht bestimmt wurde... so folgt daraus nur, daß §. 904 a. b. G. B. anzuwenden ist."

Nr. 167.

Nichtberechtigung des Erstehers einer gerichtlich feilgebotenen Realität, von den Interessen des Kaufschillingsrestes fünf Procente für die Einkommensteuer abzuziehen.

Entsch. v. 27. Februar 1856, Nr. 1425 (Best. des Bescheides des L. G. Lodi v. 21. August 1855, Nr. 1547, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 9. Nov. 1855, Nr. 11460). Gaz. d. Trib. 1856, S. 466 ff.

Der Ersteher einer gerichtlich feilgebotenen Realität hatte im Kaufschillingsausweise 5 Procent vom Betrage der auf den Kaufschillingsrest entfallenden Interessen für die Einkommensteuer abgezogen und sich zu Gute geschrieben. Die zweite Instanz genehmigt diesen Vorgang; allein der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz,

womit derselbe für unstatthaft erklärt wurde, aus folgenden Gründen: „Der Ersteher hat nicht behauptet, und noch viel weniger bewiesen, daß er vermöge der Feilbietungsbedingnisse oder in irgend einer anderen Weise eine oder mehrere der Schulden des Executen, welche auf dem von im erstandenen Grundstücke pfandrechtlich sichergestellt waren, zur Zahlung übernommen habe, so daß er für die vorliegende Frage als Hypothekarschuldner vermöge eines Vertrages angesehen werden könnte. Es besteht vielmehr die Verpflichtung des Erstehers zur Bezahlung des Kaufschillings einzig und allein dem Richter gegenüber, welcher sowohl im Interesse des Executen als auch der Gläubiger desselben dabei vorgeht, und es tritt nach Erfüllung der Feilbietungsbedingnisse der Kaufschilling sogleich an die Stelle der Hypothek, welche von diesem Augenblicke an erlischt. Der Umstand nun, daß dieser Kaufschilling gerichtlich erlegt ist, oder daß er in den Händen des Erstehers gegen die Bedingung, die Interessen zu vergüten, oder ohne eine solche, zurückbleibt, ist in Bezug auf die ursprüngliche Natur des Verhältnisses vollkommen gleichgiltig. Auch in dem Falle, wo der Kaufschilling in den Händen des Erstehers für längere oder kürzere Zeit belassen wird, besteht doch nicht ein wirkliches Darleihensverhältniß zwischen ihm und den Hypothekargläubigern, eben weil diese weder als Eigenthümer, noch als Verkäufer der in Execution gezogenen Realität erscheinen, und weil nur auf Grund specieller Verabredungen mit den Gläubigern der Ersteher als Schuldner bezüglich der auf dem Gute einverleibten Forderung angesehen werden könnte. Wenn er also den Feilbietungsbedingnissen gemäß den Kaufschilling bezahlt, so erfüllt er nur eine persönliche Verbindlichkeit."

Nr. 168.

Bestellung einer Hypothek für künftige Forderungen.

Entsch. v. 4. März 1856, Nr. 12598 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 27. März 1855, Nr. 1628 abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 5. Sept. 1855, Nr. 8842). G. Z. 1856, Nr. 62.

Nr. 169.

Gehörige Fortsetzung der Klage als Bedingung der Unterbrechung der Verjährung durch Klaganstellung. — Personen, wider welche die Unterbrechung der Verjährung wirkt.

Entsch. v. 4. März 1856, Nr. 977 (Abänd. der gleichförmigen Urtheile des Kr. G. Cilli vom 8. Juli 1855, Nr. 1822 und des O. L. G. Graz v. 31. Oct. 1855, Nr. 6929). G. Z. 1856, Nr. 65.

Josef B hatte am 10. Juni 1813 die Herrschaft Pragwald gepachtet und die Versicherung der ihm aus diesem Pachtvertrage zustehenden Rechte und Entschädigungsansprüche auf diesem Gutskörper erwirkt. Dieser Pacht ging am 1. November 1819 zu Ende. Als Witwe und Erbin des verstorbenen Josef B machte Therese B die aus jenem Vertrage abgeleiteten Ersatzansprüche gegen die Verpächter mit der (bereits von Josef B angestellten) Klage vom 31. Oct. 1822 geltend. Die hierüber im October 1826 anberaumte Inrotulirungstagsatzung wurde jedoch frustrirt und von Seite der Therese B erst mit dem Gesuch vom 17. Juli 1852 reassumirt, worauf ihr mittelst Urtheils des Landesgerichtes Graz dd. 10. December 1852 und des O. L. G. Graz dd. 13. Mai 1853, die eingeklagten Forderungen rechtskräftig zugesprochen wurden. Mittlerweile hatte A, der nunmehrige Eigenthümer der Herrschaft Pragwald, mit der Klage vom 17. September 1851 gegen Therese B das Begehren um Anerkennung der Verjährung und Gestattung der Löschung der aus dem Pachtvertrage vom 10. Juni 1813 auf jener Herrschaft für Josef B haftenden Pachtrechte gestellt, da der erwähnte Pachtvertrag schon mit 1. November 1819 zu Ende gegangen sei, die hieraus zugestandenen vertragsmäßigen Rechte erloschen und allfällige Ersatzansprüche, nachdem sie nach geendetem Pacht durch länger als 30 Jahre nicht geltend gemacht wurden, schon längst verjährt seien. Die B wendet ein, daß durch die Klage vom 31. October 1822 die Verjährung unterbrochen und durch die über diese Klage erflossenen Urtheile eben jene Rechte anerkannt worden seien, deren Verjährung vom Kläger behauptet werde.

Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, indem sie die gedachte Einwendung für rechtsbeständig hielt. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Es ist zwar bei der Klage vom 31. October 1822 der außerordentliche Umstand eingetreten, daß selbe vom Jahre 1826 an, in welchem die Inrotulirungstagsatzung wegen nicht erstatteter Einrede bereits angeordnet, aber frustrirt worden war, bis zum Jahre 1852 sistirt blieb und erst im letztgenannten Jahre reassumirt wurde; allein dem ungeachtet muß diese Klage als gehörig fortgesetzt angesehen werden, da sie nicht nur nicht als unstatthaft zurückgewiesen, sondern auf dieselbe sogar ganz dem Begehren gemäß erkannt wurde. Die Urtheile vom 10. De-

cember 1852 und 23. Mai 1853 bilden nun einen neuen selbstständigen Titel und noviren das alte Forderungsrecht (§. 1377 a. b. G. B.). Da die nun in Verhandlung stehende Klage aber die Anerkennung des Verjährtseins jener Rechte bezielt, welche mit den gedachten Urtheilen zuerkannt wurden, so mußte Kläger mit seinem Begehren sachfällig werden."

Die zweite Instanz bestätigte diese Entscheidung hauptsächlich in der Erwägung, „daß dem Richter durch die beigebrachten Urtheile bei der Entscheidung über die Verjährung der Gegenbeweis durch die rechtskräftig erfolgte Zuerkennung des in Frage stehenden Rechtes an die Hand gegeben worden sei, und daß Kläger mit seinem Löschungsbegehren deßhalb abgewiesen werden müsse, weil es nicht angehe, eine res judicata im ordentlichen Rechtszuge neuerdings anzufechten." Auf den Umstand, ob die Klage vom 31. October 1822 gehörig fortgesetzt worden sei oder nicht, legte die zweite Instanz kein Gewicht, „da es gewiß sei, daß vor der Entscheidung über die Zulässigkeit des Begehrens um Löschung der Pachtrechte aus dem Titel der Verjährung schon rechtskräftig erkannt worden war, daß der geklagten B diese Rechte zustehen; Kläger habe somit höchstens den Ablauf der Verjährungsfrist nachgewiesen, nicht aber die Einwendung der Gegnerin zu entkräften vermocht, daß vor der gerichtlichen Entscheidung über das Begehren um Löschung der versicherten Pachtrechte aus dem Titel der Verjährung der B dieselben Rechte rechtskräftig zugesprochen worden waren, welcher Umstand die rechtliche Folge der abgelaufenen Verjährungsfrist beseitigen mußte."

Die dritte Instanz gab der außerordentlichen Revision statt und erkannte dem Klagebegehren gemäß aus folgenden Gründen: „In der Regel muß der Entscheidung einer Streitsache das Sach- und Rechtsverhältniß zu Grunde gelegt werden, wie es zur Zeit der Klage bestand. Zur Zeit der gegenwärtigen, am 17. September 1851 angebrachten Klage waren die Rechte des B aus dem Vertrage vom 10. Juni 1813 und aus der mit dem Jahre 1819 beendeten Pachtung verjährt, und es war diese Verjährung durch die Klage des Josef B vom 31. October 1822 nicht als unterbrochen anzusehen, weil diese letztere Klage zur Zeit der Ueberreichung der gegenwärtigen Klage nicht, und zwar bereits seit einem Zeitverlauf von 26 Jahren nicht fortgesetzt worden war. Geht man also bei der Entscheidung der gegenwärtigen Streitsache, wie es geschehen soll, von dem Standpunkte des Sach- und Rechtsverhältnisses zur Zeit der Klage aus, so mußte dem Klagebegehren stattgegeben werden. Denn das nach §§. 1478 und 1499 a. b. G. B. mit dem Verlauf der Verjährungsfrist dem Kläger bereits erwachsene und mit der gegenwärtigen Klage geltend gemachte Recht, die Löschung seiner in dem öffentlichen Buch eingetragenen Verbindlichkeit und die Richtigerklärung des dem Gegentheile bisher zugestandenen Rechts zu erwirken, konnte ihm weder durch die erst nach dieser Klage, am 17. Juli 1852, angesuchte Reassumirung der Acteninrotulirung im früheren Processe, noch durch die in Folge dessen seither erwirkten Urtheile benommen werden. Es findet sich weder für die Behauptung

des ersten Richters, daß die über die Klage des B vom Jahre 1822 erflossenen Urtheile einen neuen selbstständigen Titel bilden und das alte Forderungsrecht noviren, noch für den in den obergerichtlichen Gründen aufgestellten Satz, daß diese Urtheile, weil sie vor der Entscheidung der gegenwärtigen Streitsache erflossen sind, die rechtliche Folge der abgelaufenen Verjährung beseitigen müssen, ein Anhaltspunkt im Gesetze. Wenn daher auch der Geklagten durch die inzwischen ergangenen Urtheile die von ihrem Gatten im Jahre 1822 angesprochenen Rechte zuerkannt sind, so kann dies das seit jener Klage, und zwar in der Zeit, als diese Klage nicht fortgesetzt war, für den Kläger eingetretene und geltend gemachte Recht auf Verjährung nicht beirren und nicht hindern, ihm das aus dem gesetzlichen Grunde angesprochene Recht zuzusprechen, und es hat vielmehr die Geklagte und ihr Rechtsvorfahrer es nur sich selbst zuzuschreiben, daß sie vor dem Eintreten der Verjährung ihrer Rechte und vor der Geltendmachung derselben die im Jahre 1822 anhängig gemachte Klage durch das seit 26 Jahren unterlassene Ansuchen um Reassumirung der Acteninrotulirung und der Urtheilsschöpfung nicht fortgesetzt und sich durch diese Unterlassung der Gefahr ausgesetzt haben, daß die Ansprüche, welche ihnen auf Grund der Klage vom Jahre 1822 in Folge der verspäteten Fortsetzung zuerkannt wurden, dem Kläger gegenüber durch das spätere Erkenntniß über die gegenwärtige Klage als durch Verjährung erloschen erklärt werden."

Nr. 170.

Verwandlung eines Kaufvertrages in ein Darlehen? — Vertrags- oder Verzugszinsen?

Entsch. v. 4. März 1856, Nr. 1363 (Best. des Urtheils des B. G. Pola v. 1. Juni 1855, Nr. 859, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Triest v. 21. Sept. 1855, Nr. 2951). G. Z. 1856, Nr. 69. Giorn. di Giurispr. pr. **1856, S. 484.**

Nr. 171.

Verjährung der Klage auf Gewährleistung wegen physischer Mängel der Sache.

Entsch. v. 12. März 1856, Nr. 11616 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien vom 30. Dec. 1854, Nr. 39358, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien vom 30. August 1855, Nr. 8758). G. Z. 1856, Nr. 60.

Mit der Klage vom 22. April 1853 forderte der Spiritusfabrikant A von dem Kupferschmied B nebst Schadenersatz und Zahlung einer

Conventionalstrafe die Vornahme gewisser Veränderungen an dem von B auf Grund des Vertrages vom 3. März 1851 gelieferten Kessel und Brennapparat, und stützte diese Forderung auf Verbesserung der behaupteten Mängel auf einen Kunstbefund vom 19. Februar 1853. Der Geklagte wendete nebst anderem die Verjährung ein, da dem Kläger nach dessen eigenen Angaben der Kessel am 11. September und der Brennapparat am 6. November 1851 geliefert wurde, der Kläger von diesem Tage an im Besitze dieser Gegenstände und daher in der Lage war, deren Mängel kennen zu lernen, über welche ihn nicht erst der Kunstbefund belehren konnte, da er als Sachverständiger dieselben wohl selbst zu erkennen im Stande war. Die erste Instanz nahm auf diese Einwendung der Verjährung keine Rücksicht, sondern erkannte auf die vom Kläger angebotenen Beweise. Die zweite Instanz wies den Kläger gänzlich ab und der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil. In den Entscheidungsgründen heißt es unter Anderem: „Der Kläger hat den Kessel bereits am 11. September 1851 und den Brennapparat am 6. November desselben Jahres erhalten, war seither im Besitze dieser Gegenstände und hat mit denselben geständigermaßen vom 29. December 1851 bis 29. März 1852 gearbeitet. Er war daher vollkommen in der Lage, die Mängel des Apparates kennen zu lernen und sein Recht aus der Gewährleistung in den durch §. 933 a. b. G. B. bezeichneten sechs Monaten geltend zu machen, und dies umsomehr, als ihm, als einem Spiritusfabrikanten, die Fähigkeit, einen in sein Gewerbsfach einschlagenden Apparat zu beurtheilen und zumal auffallende Mängel desselben wahrzunehmen, zugemuthet werden muß.... Er bedurfte sonach nicht erst des am 19. Februar 1853 aufgenommenen Kunstbefundes, um zur Kenntniß der gerügten Mängel des Apparates zu gelangen. Da er nun den Kessel und Apparat bereits im Jahre 1851 erhalten, die Klage aber erst am 22. April 1853 eingebracht hat, so mußte die Einwendung der Verjährung als statthaft anerkannt und der Kläger mit seinem diesfälligen Begehren abgewiesen werden.....“

Nr. 172.

Anschluß der wegen verstrichener Fallfrist zurückgewiesenen Klage an das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. — Beweis der Identität von Effecten behufs ihrer Excindirung.

Entsch. v. 12. März 1856, Nr. 12753 (Best. des das Urtheil des K. G. Wiener-Neustadt vom 14. März 1855, Nr. 8 theilweise abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 10. Oct. 1855, Nr. 11314). G. Z. 1856, Nr. 65.

Die A war mit ihrer Klage vom 19. November 1853 gegen die Concursmasse ihres Mannes B auf Anerkennung ihres Eigenthumsrechtes

an gewissen Effecten und Ausscheidung derselben aus der Cridamasse zurückgewiesen worden, weil die Ueberreichung der Klage erst nach Ablauf des anberaumten Liquidirungstermines erfolgte. Sie überreichte nun am 21. Februar 1854 eine Eingabe, in welcher sie um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen verstrichener Fallfrist, und zugleich unter Anschluß der früher zurückgewiesenen Klage um Erkenntniß in der Hauptsache bat. Hierüber wurde eine Tagsatzung angeordnet und dagegen von dem Concursmassevertreter nicht nur kein Recurs eingebracht, sondern vielmehr bei der Verhandlung auf das meritum causae eingegangen, und die gebetene Wiedereinsetzung mit Zustimmung des Creditorenausschusses ausdrücklich zugestanden. Es handelte sich nun zuerst um die Formfrage, ob es statthaft sei, die Bitte um Restitution mit dem Begehren in der Hauptsache zu verbinden, oder ob die Liquidirungsklage nicht vielmehr der Vorschrift des Patentes vom 1. Juli 1790, Nr. 31, Abs. 1 (Wessely I., Nr. 1359) gemäß erst nach bewilligter Wiedereinsetzung einzubringen gewesen wäre. Alle drei Instanzen fanden, über dieses Formgebrechen hinauszugehen; der oberste Gerichtshof namentlich in der Erwägung, daß es „bei der ausgesprochenen Tendenz der Eingabe vom 21. Februar 1854 eine offenbare Verschwendung von Zeit, Mühe und Kosten gewesen wäre, wenn die Klägerin, statt die frühere Klage vorzulegen, deren ganzen Inhalt blos der Form wegen in die neuerliche Klage aufgenommen hätte."

Was das Meritorische anbelangt, so hatte die A angeführt, daß sie die von ihr als Eigenthum angesprochenenen Effecten bei Gelegenheit ihrer Verehelichung von ihrer damaligen Vormünderin, der sie als Eigenthum gehörten, als Geschenk erhalten habe, daß diese Gegenstände in das B'sche Haus überbracht worden waren, und daselbst noch in natura seien. Zur Darthuung dieser widersprochenen Umstände hatte sie den Beweis durch Zeugen angeboten. Die erste Instanz ließ diesen Beweis nicht zu, weil der Widerspruch gegen die Klage jenen der Identität der angesprochenen Gegenstände mit den in die Cridainventur aufgenommenen Stücken in sich enthalte, daher durch die angebotenen Beweise nur der Umstand dargethan werden könnte, daß Klägerin solche Gegenstände, wie die in Frage stehenden, erworben, und in das Haus des Cridatars eingebracht habe und daß sie fortan ihr Eigenthum geblieben seien, nicht aber auch der widersprochene weitere Umstand, daß diese Gegenstände mit den in die Concursmasse einbezogenen identisch seien. Die zweite Instanz ließ den angebotenen Zeugenbeweis aus folgenden Gründen zu: „Wird durch die Aussagen der Zeugen dargethan, daß die fraglichen Gegenstände von der Mutter oder Vormünderin bei Gelegenheit der Verehelichung ihrer Tochter, respective Klägerin A dieser letzteren als Eigenthum übergeben und beziehungsweise geschenkt, daß diese Effecten sohin in das Haus ihres Gatten B getragen worden sind, daß ferner die in die Cridainventur eingestellten Effecten mit den in der Klage angeführten nach Zahl und Gattung übereinstimmen, und auch noch in natura in der

Concursmasse vorhanden sind, so dürften in diesen Thatsachen allerdings solche wesentliche Momente gefunden werden, die das Gesetz zur Eigenthums-Erscindirung vorschreibt." Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung.

Nr. 173.

Ermessen des Richters bei Zulassung eines Zeugenbeweises zum ewigen Gedächtniß. — Unzulässigkeit der Wiederholung einer Vernehmung zum ewigen Gedächtniß.

Entsch. v. 26. März 1856, Nr. 2763 (Best. des Bescheides der Prätur Valdagno v. 20. Oct. 1855, Nr. 9830, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Venedig v. 11. Dec. 1855, Nr. 22142). Giorn. d. Giurispr. pr. 1856, S. 339 ff.

Ein Zeuge war zum ewigen Gedächtnisse vernommen worden; nachdem seine Aussage bekannt gemacht war, bat der Zeugenführer um neuerliche Vernehmung desselben; die zu diesem Zwecke vorgelegten Weisartikel stellten sich als im Wesentlichen mit den früheren übereinstimmend heraus; auch war das Gesuch wider denselben Gegner gerichtet. — Die erste Instanz wies das Ansuchen zurück; allein das Oberlandesgericht gab demselben Statt, indem es zunächst darauf hinwies, daß die neuen Weisartikel „einige Umstände und Modalitäten" enthalten, welche den früheren fehlten, besonders aber darauf Gewicht legte, daß „wo es sich um die Beweisführung zum ewigen Gedächtniß handle, nicht auf den Inhalt der Weisartikel, sondern nur darauf zu sehen sei, ob die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Beweisaufnahme vorhanden seien." Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, in der Erwägung, daß die Vernehmung dieses Zeugen im Wesentlichen sich auf diejenigen Thatsachen beziehen soll, welche bereits den Gegenstand des ersten Verhöres gebildet haben, daß die neu angebrachten Veränderungen nur die Absicht des Bittstellers verrathen, den zu Verhörenden einem neuerlichen Druck auszusetzen, um zu versuchen, ob nicht mit besserem Erfolge als bisher geschehen, auf eine seiner Sache günstigere Aussage hingewirkt werden könne; und in der Erwägung, daß einem solchen Versuche sich die unzweifelhaftesten Rechtsgrundsätze entgegenstellen, welche auch die Civilproceßordnung in ihrem Systeme des Beweises durch Zeugen und Sachverständige anerkennt, und daß insbesondere der §. 243 ital. G. O. (§. 253 westgaliz. G. O.), da, wo es sich um ein Verhör zum ewigen Gedächtniß handelt, die Aufgabe des Richters keineswegs auf die Beurtheilung der Dringlichkeit dieses Verhöres beschränkt, sondern ihm allerdings auch die Würdigung der Beweisartikel und die Beobachtung der gewöhnlichen Proceßformen auferlegt."

Nr. 174.

Einfluß der Erwerbung einer Realität im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher auf die Erwerbung eines dinglichen Rechtes an derselben.

Entsch. v. 27. März 1856, Nr. 1937 (Best. des das Urtheil des L. G. Linz vom 31. Mai 1855, Nr. 2038 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 31. Oct. 1855, Nr. 12655). G. Z. 1856, Nr. 54.

A als Eigenthümer des Hauses Nr. 897 klagte gegen den B als Eigenthümer des Grundes Nr. 898 auf Anerkennung des Geh- und Fahrrechtes über den B'schen Grund, und berief sich auf die durch Zeugen zu erweisende Ersitzung der behaupteten, in die öffentlichen Bücher nicht eingetragenen Servitut. Dieser Zeugenbeweis fiel zu Gunsten des Klägers aus. Die erste Instanz erkannte hierauf zu Gunsten des Klägers, die zweite Instanz dagegen wies den Kläger mit seinem Begehren ab. Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen: „....Wenn auch der abgeführte Zeugenbeweis die langjährige Benützung des Geh- und Fahrweges über den fraglichen Platz zu dem Hause Nr. 897 von Seite der Besitzer und Bewohner der letzteren darthut, so bleibt der Fall doch von der Art, daß hier der §. 1500 a. b. G. B. zur wahren Anwendung kommt; denn eine, wenngleich schon ersessene Servitut kann wider den Particularnachfolger in dem Eigenthume des Gutes, in welchem sie bisher ausgeübt wurde, wenn die bücherliche Einverleibung nicht schon vor der Besitzanschreibung des Nachfolgers angesucht wurde, und das Vertrauen des Letzteren auf die öffentlichen Bücher im Sinne des §. 1500 a. b. G. B. begründet war, nicht geltend gemacht werden; nun mußte aber die eigene Wahrnehmung des Geklagten, daß Kläger Fuß- und Fahrweg auf jenem Raume ausübten, ihn keineswegs von dem Bestande eines Servitutsrechtes überführen, dessen weder Grundbuch noch Licitationsbedingnisse Erwähnung machten, zumal er gleichzeitig wahrnahm, wie auch Zeugen und Befund nachweisen, daß dem Kläger in seiner langen Gartenfronte gegen die Straße Raum zu Zugängen in Fülle bliebe. Er konnte es immer als ein bisher gleichgiltiges Precarium mit Rücksicht auf den von seinen Besitzvorgängern selbst auch nur als Weg benutzten freien Platz ansehen, und hat, sobald er an den Besitz gelangte, und eine andere Benützung dieses Platzes durch Ueberbauung beabsichtigte, klar ausgesprochen, daß er eine nicht bücherlich vorgemerkte Servitut keineswegs anerkennen und die weitere Benützung nicht dulden wolle.“

Nr. 175.

Gesetzliche Befreiung des Cedenten von der Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung.

Entsch. vom 27. März 1856, Nr. 2393 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Wien v. 27. Juli 1855, Nr. 31642 und des O. L. G. Wien v. 19. Dec. 1855, Nr. 14040). G. Z. 1856, Nr. 70.

In den Entscheidungsgründen der dritten Instanz heißt es: „Daß der Cedent einer Forderung auch für deren Einbringlichkeit zu haften habe, ist die gesetzliche Regel, von welcher jedoch der §. 1398 a. b. G. B. eine zweifache Ausnahme feststellt, wovon die eine darin besteht, daß, in soferne der Uebernehmer über die Einbringlichkeit der Forderung aus den öffentlichen Pfandbüchern sich belehren konnte, dem Cessionar rücksichtlich der Uneinbringlichkeit keine Entschädigung gebührt. Aus dieser bedingnißweisen Anordnung des Gesetzes folgt, daß dem Uebernehmer einer hypothekarisch versicherten Forderung die Entschädigung wegen deren Uneinbringlichkeit dann gebühre, wenn er sich aus den öffentlichen Büchern über die Einbringlichkeit nicht belehren konnte, was hier eben in Betreff der dem Kläger cedirten Forderung pr. 4000 fl. C. M. der Fall sein soll. Abgesehen aber davon, daß dem Kläger obgelegen wäre, diesen Umstand, auf welchen sein Klageanspruch gestützt wird, gerichtsordnungsmäßig zu erweisen, muß mit Grund behauptet werden, daß die öffentlichen Pfandbücher, nach ihrer gesetzlichen Beschaffenheit, welche bis zum Beweise des Gegentheils als bestehend angenommen werden muß, allerdings geeignet seien, über die Einbringlichkeit der grundbücherlich versicherten Forderungen die nothwendige Belehrung zu geben, weil sie nicht nur die bücherliche Priorität, den Betrag der Forderung und den Umstand nachweisen, ob dieselbe durch Einverleibungen oder Superpränotationen belastet oder verringert sei, sondern auch über den Werth der Hypothek selbst jene Auskunft geben, welche ohne gerichtliche Schätzung und ohne öffentliche Versteigerung möglich ist; denn das Grundbuch enthält nicht nur den rectificatorischen Werth, sondern auch den Veränderungswerth bei Kauf- und Tauschverträgen oder anderen Uebertragungen des Eigenthums, und die darauf bezüglichen Urkunden stehen Jedermann zur Einsicht offen. Sowie der Uebernehmer einer Tabularforderung aus diesen Umständen, die ihm das Grundbuch darbietet, allerdings den Werth der Hypothek in dem Maße entnehmen kann, um die Einbringlichkeit der cedirten Forderung zu beurtheilen, hatte auch das Gesetz im §. 1398 a. b. G. B. keine nähere Belehrung im Auge, welche der Cessionar aus dem öffentlichen Buche schöpfen könne, weil sonst die Anordnung des §. 1398 a. b. G. B. eine illusorische und ohne praktische Wirkung wäre, da der Werth einer Realität nur durch gerichtliche Schätzung erhoben werden kann, welche kein Gegenstand des grundbücherlichen Inhaltes ist, aus diesem daher nicht ersehen werden kann. Es ist die Sache des Uebernehmers,

wenn er die aus dem öffentlichen Buche über den Werth der Hypothek und die Priorität der zu übernehmenden Forderung zu entnehmende Belehrung nicht für genügend erachtet, um sich zu überzeugen, daß er auf die Einbringlichkeit derselben sichere Rechnung machen könne, sich über den ohnehin nach Verschiedenheit der Zeit, der Umstände, der Beschaffenheit der Hypothek veränderlichen Werth derselben durch eine gerichtliche Schätzung oder eigene Besichtigung eine bessere Belehrung zu verschaffen oder den Cedenten für jeden Fall urkundlich für die Einbringlichkeit haftend zu erklären. Begnügt sich aber der Uebernehmer mit jener Belehrung, welche die öffentlichen Pfand-Grundbücher oder Landtafeln nach ihrer gesetzlichen Beschaffenheit über die Einbringlichkeit der Forderungen geben, so gebührt ihm ebenso, wie in dem Falle, als er dieselben einzusehen versäumte, obschon er dies zu thun in der Lage war, rücksichtlich ihrer Uneinbringlichkeit keine Entschädigung. In dem vorliegenden Falle war die Forderung pr. 14.000 fl., wovon dem Kläger ein Theilbetrag pr. 4000 fl. cedirt wurde, auf der Baustelle Nr. * in Wien und rücksichtlich auf dem darauf im Bau begriffenen Hause intabulirt, und das öffentliche Buch, welches auch die Urkunden über die Erwerbung des Eigenthums enthält, konnte dem Kläger als Cessionar nicht nur über die Priorität der übernommenen Forderung, sondern auch über den Werth der Hypothek selbst jene Belehrung geben, welche nöthig war, um die Einbringlichkeit derselben zu beurtheilen. Kläger hat auch geständigermaßen das Grundbuch eingesehen, und kann daher, wenn er sich mit dieser Einsicht und der hieraus geschöpften, vielleicht unvollständigen Belehrung über den Werth der Hypothek begnügte, gemäß §. 1398 a. b. G. B. von der Cedentin keine Entschädigung ansprechen, wenn die cedirte Forderung, besonders bei der executiven Veräußerung der fraglichen Hypothek, ganz oder zum Theile uneinbringlich wurde, da die tägliche Erfahrung lehrt, daß der licitatorische Erlös gewöhnlich weit hinter dem Schätzungswerthe bleibt und den Ankaufspreis fast niemals erreicht, und dennoch nur letzterer aus dem öffentlichen Buche entnommen werden kann, auf welches §. 1398 a. b. G. B. hinweist."

Nr. 176.

Erlaß am Pachtzins. — Unzulässigkeit eines Vorbehaltes im Urtheil zu Gunsten des Geklagten.

Entsch. v. 28. März 1856, Nr. 2485 (Best. des das Urtheil des Stadt- und Landrechtes zu Czernowitz vom 31. Juli 1854, Nr. 9032 theilweise abändernden Urtheils des App. G. Lemberg v. 29. Mai 1855, Nr. 6779). G. Z. 1856, Nr. 73, 74.

A hatte dem B die Güter x und y mit allen Gebäuden und Feldern, überhaupt mit allen Ertragsquellen in Bausch und Bogen auf

5 Jahre um den jährlichen Pachtschilling von 23.000 fl. verpachtet, und B sich verpflichtet, der Pachtschilling mit Anfang eines jeden Monates im Betrage von 1916 fl. 40 kr. zu entrichten. Ueberdies wurde in dem Vertrage bestimmt, daß alle Elementarereignisse und außerordentlichen Zufälle den Pächter ausschließlich treffen sollten, und daß derselbe unter keinem Vorwande berechtigt sein solle, eine Verminderung des festgesetzten Pachtschillings zu begehren. Die für den Monat Jänner 1849 fällige Rate wurde vom Pächter nicht berichtigt. Der Verpächter klagte daher am 20. Jänner 1849 auf Zahlung der fälligen Pachtrate pr. 1916 fl. 40 kr. sammt 4% Zinsen vom Verfallstage an. B wendete ein, daß er zur Zahlung des ganzen bedungenen Pachtschillings nicht verpflichtet sei, da die unterthänigen Leistungen und Giebigkeiten aufgehoben worden seien, und somit für diese nicht mehr benützbaren Pachtobjecte kein Pachtschilling zu entrichten sei. Den jährlichen Nutzentgang dieser nun aufgehobenen Pachtobjecte berechnete B auf den Gesammtbetrag von 10.626 fl. 54 kr., welcher von dem jährlichen Pachtschillinge von 23.000 fl. in Abzug zu bringen sei, und behauptete, daß dem Kläger für das Pachtjahr 1848/49 nur ein Pachtschilling von 12.373 fl. 6 kr. gebühre, welchen Pachtschilling er theils gezahlt, theils in dem Restbetrage von 873 fl. zu Gerichtshanden erlegt habe, daher dem Kläger für den Monat Jänner 1849 kein Pachtschilling mehr gebühre. Endlich hob B hervor, daß er bereits seinerzeit mit der Klage vom 30. October 1848 gegen den Verpächter das Recht auf Erlaß eines Theiles des vertragsmäßig bestimmten Pachtzinses gemacht habe. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß, machte jedoch den Vorbehalt, „daß dem Geklagten gestattet werde, für den Fall als er das seinerseits mit der Klage vom 30. October 1848 gegen den Kläger (resp. Verpächter) klagbar gestellte Recht auf Erlaß eines Theiles des vertragsmäßig bestimmten Pachtzinses für die in Pacht gehabten Güter x und y zur Liquidität bringen würde, nach Maß des für den Monat Jänner 1849 an Pachtzinserlaß ihm zuzusprechenden Betrages solchen von der Pachtzinsrate pr. 1916 fl. 40 kr. in der Art in Abschlag zu bringen, daß er sofort nur den hiernach verbleibenden Restbetrag für den oberwähnten Monat mit den von diesem verminderten Pachtschillingsbetrage entfallenden 4% Zinsen dem Kläger zu entrichten habe.“ Die zweite Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz in seinem ersten Absatze, hob jedoch den zu Gunsten des Geklagten gemachten Vorbehalt auf. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz in seinem vollen Umfange aus folgenden Gründen: „Der Geklagte kann sich weder aus dem Vertrage, noch aus dem Gesetze der angesprochenen vollständigen Zahlung der eingeklagten Pachtschillingsrate entziehen. Nicht aus dem Vertrage, denn aus diesem ist zu ersehen, daß die Güter x und y mit allen Ertragsquellen in Bausch und Bogen auf die Dauer von 6 Jahren verpachtet wurden. In diesem Vertrage heißt es ausdrücklich, daß alle Elementarereignisse und außerordentlichen Zufälle nur den Pächter ausschließend

treffen sollen, und daß, da die Verpachtung in Bausch und Bogen erfolgte, der Pächter unter keinem wie immer gearteten Vorwande berechtigt sei, eine Minderung des festgesetzten Pachtschillings zu begehren... Es kann aber der Geklagte auch nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen eine Befreiung von der vollständigen Zahlung des Pachtschillings, resp. der eingeklagten Rate beanspruchen; denn nach §. 1105 a. b. G. B. tritt ein Erlaß am Pachtzinse, was mit dessen Herabsetzung gleichbedeutend ist, dann ein, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind, wo der Verpächter so viel am Pachtzinse zu erlassen schuldig ist, als durch diesen Abfall am Pachtzinse mangelt. Der in diesem Paragraph vorgesehene Fall tritt aber hier, wo das Pachtobject auf die Dauer von 6 Jahren verpachtet wurde, nicht ein, wozu noch kömmt, daß nach der eigenen Berechnung des Geklagten das Erträgniß um weniger als die Hälfte gefallen war, und er auch selbst im Falle des §. 1105 a. b. G. B. nicht den Werth der entgangenen Urbarialleistungen, sondern nur dasjenige, was durch diesen Abfall am Pachtzinse mangelt, anzusprechen befugt wäre. Hierbei kann übrigens auch nicht ganz unbemerkt gelassen werden, daß an die Stelle der Urbarialschuldigkeiten die Grundentlastungsentschädigung getreten war, auf welche Kläger auch den Geklagten in der Replik für diese Zeit verweiset. Derselbe sucht ferner auch in dem §. 1104 a. b. G. B. eine Stütze zu finden; dieser Paragraph setzt jedoch voraus, daß die in Bestand genommene Sache wegen der daselbst angedeuteten außerordentlichen Zufälle gar nicht gebraucht oder benützt werden kann, und verfügt für diesen Fall, daß kein Pachtzins zu entrichten sei. Eine gänzliche Unbrauchbarkeit oder Unmöglichkeit der Benützung war aber durch den Abgang der Urbarialien nicht herbeigeführt, da Geklagter das Gut x, die Propination daselbst, dann das Gut y, endlich die übrigen, mit den Urbarialien in keinem Zusammenhange stehenden Pachtobjecte unbehindert benützen konnte; ein theilweiser Abgang aber nur in dem Falle des bereits citirten §. 1105 a. b. G. B. einen Pachtzinserlaß unter den dort bestimmten Bedingungen nach sich ziehen könnte, was aber hier, wie schon gezeigt worden ist, nicht eintritt. Der Geklagte meint weiter, daß nach §. 1096 a. b. G. B. der Verpächter verpflichtet sei, die Sache in brauchbarem Stande zu erhalten, daß demnach aus dieser Rücksicht auch die Aufhebung der Urbarialien ihm zur Last fallen müßte; allein der Act der Aufhebung derselben war ein gesetzlicher, daher der hieraus etwa resultirende Abgang nach den Vertragsstipulationen nur den Geklagten trifft. Glaubte aber Geklagter, daß durch den Abgang der Urbarialien ein solcher Mangel in den Bestandobjecten eingetreten war, daß derselbe die ordentliche Gebrauchsnahme behinderte, so räumte ihm der §. 1117 a. b. G. B. das Recht ein, den Vertrag zu kündigen und von demselben abzugehen, was derselbe aber nicht that, indem er vielmehr selbst nach der Aufhebung der Urbarialien mehrere Zinsraten vollständig berichtigte und die Pachtung bis zum Ausgangstermine hielt. Bei dieser Sachlage erscheint auch die im

ersten Absatze der unterrichterlichen Urtheile erfolgte Verurtheilung des Geklagten zur Zahlung des Pachtschillings sammt 4% Zinsen vom Verfallstage desselben dem Gesetze entsprechend, daher auch der außerordentlichen Revisionsbeschwerde nicht stattgegeben werden konnte. Anbelangend den zweiten Absatz, so läßt es sich nicht verkennen, daß der in dem erstrichterlichen Urtheile vorkommende Vorbehalt in einem directen Widerspruche mit dem ersten Absatze steht; denn während in diesem Absatze der Geklagte zur Zahlung der Pachtschillingsrate unbedingt binnen 14 Tagen an den Kläger verurtheilt wird, enthält der zweite Absatz die Einräumung des Rechtes zur Compensation in Ansehung jenes Betrages, welcher dem Geklagten auf seine Klage vom 30. October 1848 zuerkannt werden sollte. Es ist daher das Recht, das bereits dem Kläger zugesprochen wurde, durch diesen Vorbehalt wieder in Zweifel gestellt. Die Zulassung einer solchen Compensation würde aber auch, wie das Appellationsgericht ganz richtig bemerkt, den gesetzlichen Bestimmungen über die Compensation, namentlich dem §. 1439 a. b. G. B. widerstreiten, indem zweifelhafte Forderungen gegenüber einer liquiden Forderung kein Gegenstand einer Compensation sein können. Hiernach erscheint auch die vom Appellationsgerichte erfolgte Beseitigung des in dem zweiten Absatze vorkommenden Vorbehaltes vollkommen gegründet, zumal als nach §. 326 westgal. G. O. nur zu Gunsten des Klägers, da blos er allein in seiner Klage das für den Rechtsstreit maßgebende Begehren stellt, ein Vorbehalt gemacht werden kann, wenn aus den Acten erhellet, daß ihm ein anderes Recht gebühre."

Nr. 177.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Zeitpunkt der Fälligkeit eines vermachten, theilbaren Ausgedinges.

Entsch. v. 28. März 1856, Nr. 2526 (Best. des das Urtheil des B. G. Trebitsch vom 8. April 1855, Nr. 2366 abänd. Urtheils des O. L. G. Brünn v. 30. Juli 1855, Nr. 382). G. Z. 1856, Nr. 67.

Nach dem Tode des Ganzlehners M wurde auf Grund eines von ihm errichteten Testaments die Einantwortungsurkunde dahin ausgefertigt, daß die eine Hälfte des Ganzlehens unter der Bezeichnung Nr. 20a dem Sohne B, die andere Hälfte unter der Bezeichnung Nr. 20b dem Sohne C zugewiesen, und weiter bestimmt wurde, daß M's Gattin A die Nutznießung der beiden Halblehen „bis zur Großjährigkeit der Grunderben" gebühre, und daß nach deren Uebergabe ihr die Grunderben nebst der unentgeltlichen Wohnung eine lebenslängliche Ausnahme zu verabreichen und die jährliche Benützung einer Wiese und gewisser Felder zu gestatten

haben. Im Frühjahre 1853 erreichte der ältere Sohn B die Großjährigkeit und wurde in Besitz seines Halblehens gesetzt, weigerte sich aber in den Jahren 1853 und 1854 der A die Hälfte des ihr vermachten Ausgedinges zu leisten. Die A trat daher klagend auf und begehrte das ihr von der Grundbesitzhälfte Nr. 20a zustehende und für die zwei Jahre 1853 und 1854 rückständige Ausgedinge in natura, oder sofern es auf diese Weise nicht mehr geleistet werden könnte, im Schätzungswerthe.

Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab in der Erwägung, daß der Klägerin das fragliche Ausgedinge erst nach Uebergabe der beiden Halblehen gebühre. Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren statt, und der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen: „Wenn es auch nach der Einantwortungsurkunde zweifelhaft wäre, von welchem Zeitpunkte an das Nutzungsrecht der Klägerin aufhöre und ihr Recht auf das Ausgedinge beginne, ob mit der Großjährigkeit beider Grunderben oder ob schon bei der Uebergabe eines Halblehens an einen derselben bezüglich dieses Halblehens — so ist doch durch die erfolgte Uebergabe des Halblehens Nr. 20a an B bereits von beiden Streittheilen anerkannt, daß das Recht der Klägerin auf den Nutzgenuß sowohl als auf das Ausgedinge theilbar sei, daß beide Kinder, B und C, gegen sie abgesonderte Rechte und Verpflichtungen haben. Hat aber B sein Halblehen bereits übernommen und ist somit das Nutznießungsrecht der Klägerin in Bezug auf dieses Halblehen erloschen, so folgt hieraus, daß auch ihr Recht auf das Ausgeding bezüglich dieses Halblehens nach der Uebergabe desselben begonnen habe; denn B würde zu sehr begünstigt sein, wenn die Einantwortungsurkunde bezüglich des Nutzgenusses der Besitzung zu seinem Vortheil ausgelegt worden ist, nun aber bezüglich des Ausgedinges eine entgegengesetzte Auslegung stattfände."

Nr. 178.

Verhältniß von Beweis- und Gegenbeweisführung.

Entsch. v. 1. April 1856, Nr. 1352 (Best. des Urtheils des H. G. Wien v. 16. Juli 1855, Nr. 29795, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 28. Nov. 1855, Nr. 13091). G. Z. 1856, Nr. 76.

Die Spediteure A und Comp. klagten gegen B auf Zahlung eines Nachnahmevorschusses von 216 fl., indem sie behaupteten, daß sie für die ihnen von B zur Spedition an N übergebenen Waaren dem B den fraglichen Vorschuß geleistet hätten, welcher ihnen aber von N nicht ersetzt worden sei. B behauptet, daß es sich nicht um einen Vorschuß auf den Werth der Waaren, sondern um a conto-Zahlungen im Namen des Bestellers N gehandelt habe, daß also die Kläger nicht als Frächter des

Geklagten, sondern als N's Bestellte eingeschritten seien. B erbot sich, diese Thatsachen durch den unbedenklichen Zeugen Anton W und seinen Erfüllungseid zu erweisen, worauf die Kläger in der Replik zum Beweise ihrer Darstellung des Klagefactums dem B den negativen referiblen Hauptеid auftrugen. Die erste Instanz ließ den Zeugenbeweis zu. Nachdem derselbe abgeführt und zu Gunsten des Geklagten ausgefallen war, machte sie die Verurtheilung des Geklagten von dem Ausgange des ihm von den Klägern aufgetragenen Haupteides, und sohin erst von der Nichtablegung des von ihm angebotenen Erfüllungseides abhängig, und zwar in der Erwägung, „daß die Last des Beweises nach der Gerichtsordnung dem Kläger obliege, daß aber auch dem Geklagten der Gegenbeweis hinsichtlich seiner Asserte nicht verweigert werden könne, daher vorläufig durch Beiurtheil auf den für relevant befundenen Gegenbeweis erkannt und sohin im Endurtheile Geklagter auch zur Ergänzung der hergestellten halben Probe, und zwar in der Art zugelassen werden mußte, daß vorerst der klägerische Beweis durch den Haupteid geführt werde, und wenn durch die Ablegung desselben durch den Kläger das klägerische Beweisthema festgestellt erschiene, erst der Geklagte zur Vervollständigung seines Gegenbeweises zugelassen werde." Die zweite Instanz verurtheilte den Geklagten unbedingt, unter Hinweisung auf den Frachtbrief und auf §. 887 a. b. G. B. Die dritte Instanz bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Nach Maßgabe der allgemeinen Gerichtsordnung steht dem Geklagten zu, in der Einrede das Factum allenfalls zu ergänzen und jene Umstände, die der Kläger verschwiegen oder anders, als sie sich verhalten, angegeben haben dürfte, nachzutragen, und diesfalls die geeigneten Beweise anzubieten. In der Regel liegt dem Kläger ob, das Factum, aus welchem er seinen Anspruch herleitet, zu beweisen. Diesen Beweis haben die Kläger mit dem in der Replik dem Geklagten aufgetragenen referiblen Haupteide geführt, und dieser Beweis konnte den Klägern nicht entzogen werden. Aber auch dem Geklagten ist nicht verwehrt, den Gegenbeweis, daß sich die Sache anders verhält, als die Kläger angebracht haben, zu führen. Die Wahl der Art der Beweismittel steht dem Geklagten zu. Da durch den zugelassenen, von dem Geklagten angebotenen und sofort durchgeführten Beweis durch den Zeugen Anton W zur Hälfte als erprobt sich herausstellte, daß die Kläger dem Geklagten gegenüber lediglich angewiesen waren, die a conto-Zahlungen für die dem N gehörigen Waaren an Stelle des Letzteren zu leisten, so ist auch der von dem Geklagten angebotene Erfüllungseid für den eintretenden bezeichneten Fall zulässig."

Nr. 179.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen mangelhafter Vertretung: Berechnung der Frist zur Einbringung der Klage. Rechtsfreund als Zeuge.

Entsch. vom 1. April 1856, Nr. 1719 (Best. des das Urtheil des L. G. Graz v. 3. April 1853, Nr. 10850 abändernden Urtheils des O. L. G. Graz v. 23. Oct. 1855, Nr. 6896). G. Z. 1856, Nr. 85.

Das Urtheil der ersten Instanz war von der zweiten Instanz laut Intimationsdecretes vom 13. August 1852, zugestellt den 20. August 1852, bestätigt worden. Am 14. October 1852 überreichte die sachfällig gewordene Geklagte ein Gesuch um Restitution gegen die beiden Urtheile und das diesfällige Verfahren wegen mangelhafter Vertretung durch den in jenem Processe eingeschrittenen Rechtsfreund. Sie behauptete, daß ihr der nachtheilige Ausgang des erwähnten Rechtsstreites erst durch die ihr am 1. October 1852 zugekommene Appellationsentscheidung bekannt geworden, somit die Frist zur Ueberreichung des Restitutionsgesuches erst am 14. October 1852 abgelaufen und demnach das Restitutionsgesuch noch rechtzeitig überreicht worden sei; zum Beweis dieses Umstandes berief sie sich auf das Zeugniß ihres oberwähnten Rechtsfreundes und ihres Ehegatten, dann auf ihren Erfüllungseid. Die erste Instanz erkannte, daß die angesuchte Restitution nicht statthabe, in der Erwägung, „daß nach den Grundsätzen des Bevollmächtigungsvertrages der Gewaltgeber und Machthaber als eine Person rechtlich anzusehen seien, daß somit angenommen werden müsse, die am 20. August 1852 erfolgte Zustellung des obergerichtlichen Erkenntnisses sei auch für die Gewaltgeberin an jenem Tage giltig geschehen. Diese gesetzliche Vermuthung könne nur durch Gegenbeweise entkräftet werden, welche aber die Restitutionswerberin nicht geliefert habe, da der als Zeuge aufgeführte Rechtsfreund, dem der Vorwurf der Beschädigung wegen schlechter Vertretung gemacht wird, von dem Restitutionsprocesse Nutzen oder Schaden zu erwarten hat, der andere Zeuge aber der Gatte der Zeugenführerin ist, daher beide Zeugen nach §. 141 a. G. O. als verwerflich erscheinen." Die zweite Instanz ließ den von der Restitutionswerberin angebotenen Zeugenbeweis zu. Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen: „Aus dem Hofdecret vom 6. October 1785, Nr. 477 J. G. S. (Wessely I, Nr. 1465) und dem Patent vom 1. Juli 1790, Nr. 31 J. G. S. sub 2 (Wessely I, Nr. 1366) geht hervor, daß unter dem im Hofdecrete vom 19. December 1801, Nr. 545 J. G. S. (Wessely I, Nr. 1367) gebrauchten Ausdrucke: „„schlechte Vertretung"" jedes Benehmen des Rechtsfreundes, durch welches die von ihm vertretene Partei in ihrem Rechte verkürzt worden ist, verstanden werde. Dieses Hofdecret vom 10. December 1801 fordert als nothwendige Bedingung zur Ge-

währung einer solchen Wiedereinsetzung, daß dieselbe in der Frist von 14 Tagen, welche von dem Tage, an welchem der verkürzten Partei das Urtheil kundgemacht wurde, zu laufen beginnt, angesucht werden müsse. Die Restitutionsbewerberin hat nun den Zeugenbeweis über den Umstand angeboten, daß ihr erst am 1. October 1852 und nicht vor diesem Tage das oberlandesgerichtliche Urtheil, wodurch das landesgerichtliche Erkenntniß vom 16. April 1852 bestätigt wurde, von ihrem Rechtsfreunde zugeschickt worden ist. Nach dem Wortlaute und dem Sinne des Hofdecretes vom 19. December 1801 kann die zur Ueberreichung des Restitutionsbegehrens gesetzte 14tägige Frist nicht von dem Tage an gerechnet werden, an welchem der Rechtsfreund das Urtheil zugestellt erhalten hat, weil dieses Gesetz ausdrücklich den Tag, an welchem der verkürzten Partei das Urtheil kundgemacht worden ist, als den Anfangstag der Frist bezeichnet. Daß aber unter dem in diesem Gesetze vorkommenden Ausdrucke „„kund gemacht worden ist““ nur die Mittheilung des Urtheils selbst verstanden werden könne, geht aus der Betrachtung hervor, daß die Civilproceßordnung keine andere Art der Kundmachung eines Urtheils kennt, als die Zustellung des in gesetzlicher Form ausgefertigten Urtheilsspruches, und daß die Frist, binnen welcher ein Urtheil rechtskräftig wird, erst von dem Tage der Zustellung desselben, keineswegs aber von dem Tage beginnt, an welchem die Partei allenfalls auf eine andere Weise in die Kenntniß der erfolgten gerichtlichen Entscheidung gelangt ist. Wenn also auch die Restitutionswerberin in ihrer Restitutionsklage erklärt, es sei ihr von ihrem Gatten gesagt worden, daß er schon früher im Allgemeinen von dem ungünstigen Ausgange des Processes gehört, und seinen Rechtsfreund zur einstweiligen Anmeldung der Revision angewiesen habe, so folgt daraus doch nicht, daß ihr das Urtheil vor dem 1. October 1852 im gesetzlichen Sinne „kundgemacht worden sei“; besonders da die obige Bemerkung sich nur auf die Zeit, in welcher der Gatte der Restitutionswerberin, nicht aber sie selbst, zur Kenntniß der obergerichtlichen Entscheidung gelangt ist, bezieht. Es kann daher das Restitutionsbegehren keineswegs schon aus dem Grunde der verspäteten Ueberreichung abgewiesen, sondern es muß der von der Restitutionswerberin angebotene Zeugenbeweis als entscheidend zugelassen werden. Kläger wendet zwar dagegen ein, daß die geführten Zeugen verwerflich seien; allein der als Zeuge aufgeführte Rechtsfreund kann vorderhand keineswegs als ein verwerflicher Zeuge erklärt werden. Denn er ist wohl allerdings der Restitutionswerberin für eine schlechte Vertretung verantwortlich; er wird aber von ihr als Zeuge geführt: wenn er nun als solcher zu Gunsten der Zeugenführerin aussagt, so trägt er selbst zur Erweisung seiner Verantwortlichkeit wesentlich bei, und hat somit aus seiner, der Zeugenführerin günstigen Aussage keinen Nutzen, sondern Schaden zu erwarten. Es kann daher die Glaubwürdigkeit seiner Aussage erst dann, wenn seine Einvernehmung erfolgt sein wird, beurtheilt werden. Der Gatte

der Zeugenführerin ist aber nach §. 141 a. G. O. zur Ergänzung des allenfalls hergestellten halben Beweises zuzulassen."

Nr. 180.

Klage des Miteigenthümers auf gerichtliche Feilbietung der gemeinschaftlichen Sache.

Entsch. v. 1. April 1856, Nr. 2859 (Best. der gleichförmigen Urtheile des Tarnower Landrechts vom 7. Jänner 1854, Nr. 13666 und des galizischen App. G. v. 31. Jänner 1855, Nr. 29225). G. Z. 1856, Nr. 77.

Mehrere Miteigenthümer landtäflicher Realitäten in Galizien klagten im Jahre 1852 gegen die anderen Gemeinschafter auf Aufhebung der Gemeinschaft durch öffentliche Veräußerung, und stützten ihr Begehren darauf, daß beim Bestand dieser Gemeinschaft die Güter verwahrlost würden und wenig Nutzen brächten, daß wegen ihres geringen Umfanges die gesetzlichen Vorschriften ihre physische Theilung nicht zuließen und bei den obwaltenden Mißhelligkeiten zwischen den Miteigenthümern die Veräußerung aus freier Hand nicht erzielt werden könne. Die Geklagten wendeten ein, daß das Begehren der Aufhebung der Gemeinschaft zur Unzeit und zum offenbaren Nachtheil der Miteigenthümer gestellt sei, da die Realitäten in neuerer Zeit im Preise gesunken seien, und begehrten einen Aufschub, bis die Entschädigung für die aufgehobenen Urbarialgiebigkeiten werde ausgemittelt und bekanntgegeben sein.

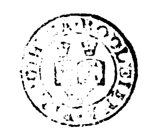
Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt, desgleichen die zweite Instanz. Die dritte Instanz verwarf die außerordentliche Revisionsbeschwerde als völlig ungegründet und offenbar muthwillig in der Erwägung, „daß die politischen Verordnungen (namentlich ein Kreisschreiben vom 30. December 1814, §. 19, die Verordnung vom 7. März und 26. April 1816 und das Hofdecret vom 16. Februar 1815), welche die Theilung landtäflicher Güter von so geringem Umfang, wie die in Frage stehenden, verbieten, noch in Kraft bestehen, eine physische Theilung dieser Güter daher nicht Platz greifen kann; daß andererseits jeder Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen darf (§. 830 a. b. G. B.), und die Geklagten nicht erwiesen haben, daß dieses dem Vorausgeschickten zufolge nur durch gerichtliche Feilbietung zu erzielende Begehren zur Unzeit und zum Nachtheil der Uebrigen gestellt werde, in welchem Falle sich die Kläger einen den Umständen angemessenen Aufschub hätten gefallen lassen müssen, welcher Aufschub übrigens ohnehin durch die nun fast durch vier Jahre hinausgedehnte Durchführung des Streites erzielt wurde, daß somit das Begehren der Kläger und die Entscheidungen der Unterbehörde im §. 843 a. b. G. B. ihre volle Begründung finden, geschweige denn, daß von einer offenbaren Gesetzwidrigkeit die Rede sein könnte."

Nr. 181.

Bemessung des Finderlohnes von gefundenen Obligationen.

Entsch. v. 2. April 1856, Nr. 2895 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des Stadt- und Landrechts zu Czernowitz vom 28. Oct. 1854, Nr. 16535 und des App. G. Lemberg vom 11. Juli 1855, Nr. 11492). G. Z. 1856, Nr. 79.

Der Finder eines Päckchens mit Staatsobligationen pr. 8000 fl. klagte den Eigenthümer auf Zahlung des Finderlohnes pr. 800 fl. Die beiden unteren Instanzen erkannten ihm denselben zu, ebenso der oberste Gerichtshof in der Erwägung, „daß der Nominalbetrag der Obligationen von den Untergerichten als Bemessungsgrundlage des dem Kläger als Finder nach §. 391 a. b. G. B. gebührenden Finderlohnes mit Recht angenommen wurde, weil Geklagter nicht nachgewiesen hat, daß die gefundenen Staatsobligationen zur Zeit des Fundes mit Rücksicht auf den Börsencurs einen geringeren Wert hatten, welcher Beweis, da nicht alle Staatsobligationen einen Courswerth unter dem Nominalbetrage haben, allerdings ihm oblag, da das Sinken des Werthes der Obligationen unter den Nominalwerth als Thatsache von demjenigen, der dieses behauptet, zu beweisen ist.“



Nr. 182.

Unzulässigkeit der Auftragung des Haupteides an einen Irrsinnigen.

Entsch. vom 2. April 1856, Nr. 3135 (Best. des das Urtheil des Landrechts Tarnow vom 26. Oct. 1854, Nr. 13386, abändernden Urtheils des A. G. Lemberg v. 7. Mai 1855, Nr. 8466). G. Z. 1856, Nr. 80.

In einem Processe trug der Kläger dem Geklagten, der wegen Irrsinns unter Curatel gestellt war, den Haupteid auf. Die erste Instanz hielt diese Eidesauftragung für zulässig; „denn“, heißt es in den Motiven, „hätte der Gesetzgeber im §. 280 westgal. G. O. (§. 207 a. G. O.) die Ausschließung dieses Beweismittels gegenüber den Pflegebefohlenen gemeint, so hätte er dies als eine Beschränkung des allgemeinen, im §. 275 westgal. G. O. (§. 203 a. G. O.) festgestellten Rechtes zur Zuschiebung des Haupteides beigefügt. Im Gegentheile erklärt das Hofdecret vom 19. April 1841, Nr. 2233 (Wessely I, Nr. 739) in einem analogen Falle die Zuschiebung des Haupteides an den Cridatar für zulässig, obwohl dieser über das Cridavermögen ebenfalls nicht schalten kann, da solches durch einen Massecurator vertreten wird.“ Die

zweite Instanz dagegen hielt diese Eidesdelation für unzulässig. „Denn nach Vorschrift des §. 275 westgal. G. O. (§. 203 a. G. O.) muß der Haupteid stets dem Gegner aufgetragen werden, folglich setzt schon der wahre Sinn dieses Gesetzes voraus, daß, falls dieses Beweismittel nicht in einen unzulässigen offerirten Eid, in eine bloße Zeugenschaft in eigener Sache ausarten soll, die Möglichkeit der Annahme und der Ablegung des Eides von Seiten des Delaten vorhanden sein müsse; dies steht auch im Einklange mit dem §. 277 westgal. G. O. (vergl. §. 205 a. G. O.), wornach die Wahl der Annahme des Haupteides stets dem Delaten vorbehalten und nur in dem Falle des §. 280 westgal. G. O. (§. 207 a. G. O.) ihm der Zwang auferlegt wird, den ihm aufgetragenen Haupteid unbedingt bei sonstiger Sachfälligkeit zu leisten; daher es sich von selbst ergibt, daß die Eidesdelation an Vernunftlose unmöglich ist und rücksichtlich die Eidesleistung von Seiten derjenigen, welche laut §. 214 westgal. G. O. (§. 140 a. G. O.) wegen ihrer Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit keine Zeugenschaft in fremder Sache ablegen können, auch in ihrer eigenen Sache nicht stattfindet." Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Die Auftragung des Haupteides setzt nothwendiger Weise die Eidesfähigkeit derjenigen Person, welcher derselbe zugeschoben wird, voraus. Denn soll die Ueberzeugung über die Richtigkeit einer Thatsache, welche der wesentliche Zweck des Beweises ist, begründet werden, so muß der Delat im Stande sein, die Thatsache der Wahrheit nach anzugeben und solche auch zu beschwören, was sich aber von einem Irrsinnigen offenbar nicht sagen läßt. Die erste Instanz beruft sich zwar per analogiam auf das Hofdecret vom 19. April 1841, Nr. 2233, welches die Zuschiebung eines Eides an den Cridatar für zulässig erklärte; allein der Cridatar und der wegen Irrsinns unter Curatel Stehende haben blos dies miteinander gemein, daß ihnen die freie Vermögensverwaltung genommen ist; der Cridatar ist aber deßwegen keine absolut eidesunfähige Person, da er, als im Verstandsgebrauche sich befindend, dem Richter durch die Ablegung des Haupteides über die zu erweisende Thatsache die erforderliche Ueberzeugung zu gewähren im Stande ist, was bei dem Irrsinnigen entfällt."

Nr. 183.

Testament mit derogatorischer Clausel. — Aufhebung eines früheren Testamentes durch Errichtung eines späteren.

Entsch. v. 8. April 1856, Nr. 2844 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand vom 6. Juli 1855, Nr. 8474, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 28. Nov. 1855, Nr. 9784). G. Z. 1856, Nr. 81.

Der im Jahre 1851 verstorbene M hatte zuerst am 30. October 1840 ein Testament errichtet, worin er seinen Bruder B zum Erben ein-

setzte, und welchem er die Clausel beifügte, daß dieses Testament bis Ende Jänner 1842 unwiderruflich sein solle, vorbehaltlich jedoch des Rechts, über 40.000 Lire durch Anordnung von Legaten zu verfügen (Dichiaro irrevocabile il presente a tutto Gennajo 1842 con riserva di disporre dei legati con separata carta per lire 40.000). Er ordnete hierauf ein Legat zu Gunsten der Söhne seiner Schwester an. Am 26. August 1841 verfaßte er ein neues Testament, worin er wieder seinen Bruder B zum Erben einsetzte, Legate anordnete und mit der Clausel schloß: „unter Entkräftigung aller abgesonderten Legate, Testamente, Schenkungen zu Gunsten meines Bruders und meiner Schwester und ihrer Söhne, so wie jeder anderen Person, unwiderruflich bis Ende 1842." Am 8. März 1843 machte M hierauf vor dem Tribunal zu Mailand einen Anhang (aggiunta) zum Testament vom 30. October 1840 bezüglich der Legatsanordnungen, ohne des inzwischen liegenden Testamentes vom 26. August 1841 zu erwähnen. Endlich errichtete er am 10. März 1851 eine neue Anordnung, welche mit den Worten beginnt: Im Nachhange zu meinem Testament vom 30. October 1840 verfüge ich, daß die angedeuteten Vermächtnisse in größerem oder geringerem Betrag nach dem Ausmaß zu bestehen haben, wie sie nachstehend angeführt werden, wogegen die in der gegenwärtigen Verfügung nicht genannten annullirt sein sollen", und mit den Worten schließt: „Unter Entkräftung aller abgesonderten Vermächtnisse und gemachten oder noch zu machenden Schenkungen... Ich widerrufe jede meiner früherеren letztwilligen Anordnungen, mit Ausnahme der oberwähnten, die sich in zwei Exemplaren bei dem Tribunal befindet......(con deroga ai separati legati, donazioni fatte e da farsi.... Annullo qualunque mia disposizione anteriore di ultima volontà non compresa la sopra accennata esistente in duplo in Tribunale.....). Gestützt auf die letztwillige Anordnung vom 26. August 1841 begehrte A, der Sohn der Schwester des Testators, Josefine M, die Anerkennung der Giltigkeit dieses letzten Willens und die Verurtheilung des Universalerben B zur Errichtung der Hälfte eines darin zu Gunsten der Söhne der Josefine M angeordneten Vermächtnisses im Betrage von 5000 Lire sammt 4 Percent Verzugszinsen. Die erste Instanz wies das Klagebegehren durchaus zurück. Die zweite Instanz erkannte zwar die Giltigkeit des gedachten Testamentes an, wies jedoch die Klage aus anderen, nicht hierher gehörigen Gründen zur Zeit ab. Die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Aus den verschiedenen Anordnungen des Erblassers M geht hervor, daß derselbe sich der ambulatoria hominis voluntas usque ad supremum vitae exitum gar wohl bewußt war; daß er sich selbst, wenn auch auf eine gesetzlich nicht bindende Weise, in der zu raschen Aenderung oder Widerrufung seiner letzten Willenserklärungen, aber nicht für immer, sondern zeitlich, wie der Beisatz in dem Testamente vom 30. October 1840 bis Ende Jänner 1842, und im Testamente vom 26. August 1841 bis Ende des Jahres 1842 zeigt, beschränken wollte; daß er immer in der späteren die früheren

Verfügungen im Allgemeinen aufzuheben sich genöthigt glaubte, daher dieses auch in seiner letzten Erklärung vom 10. März 1851 ausdrücklich gethan, aber zugleich, und nur dort, ausdrücklich blos das Testament vom 30. October 1840 und den Anhang vom 8. März 1843 aufrecht gehalten, die anderen Anordnungen annullirt, und somit auf das Deutlichste seine Willensmeinung kundgegeben hat, daß das dort gar nicht erwähnte Testament vom 26. August 1841 ungiltig sein solle. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß nach §. 713 a. b. G. B. durch die spätere Willenserklärung vom Jahre 1851 die Aufhebung der Anordnung vom Jahre 1841, wenn selbe auch nicht mit specieller Beziehung erfolgte, als vorhanden anzusehen ist, soferne man der im Testamente vom 26. August 1841 enthaltenen Clausel nicht die vis derogatoria für künftige Anordnungen über das Jahr 1842 hinaus nach §. 713 a. b. G. B. beilegen kann. In der Erwägung nun, daß nicht unwesentliche Bedenken der Annahme einer derogatorischen Clausel in dem Testament vom 26. August 1841 darum entgegenstehen, weil darin von einem Beisatze, daß spätere Anordnungen null und nichtig sein sollen, wenn sie nicht mit den bestimmten Worten bezeichnet sind, oder den Beisatz ausdrücklich aufheben, nichts enthalten ist, und weil der Ausdruck „deroga" in allen Documenten vom 20. October 1840, 26. August 1841 und 10. März 1851, aber nur in dem letzten mit ausdrücklicher Hinweisung auf künftige Anordnungen (da farsi) vorkommt; — in der Erwägung, daß, wenn selbst die derogatorische Clausel als begründet angenommen würde, doch ihre Wirkung nach dem Willen des Erblassers nur auf das Jahr 1842 beschränkt erscheinen muß, weil ja die ganze Anordnung vom Jahre 1841 nur bis dahin als unwiderruflich angesehen werden sollte, und die Clausel doch nur beigefügt war, um diese Unwiderruflichkeit zu sichern; — in der Erwägung endlich, daß die späteren Anordnungen des Erblassers volle Beruhigung darüber gewähren, daß er nur in der angedeuteten Weise jene Aufhebung im Testamente vom 26. August 1841 aufgefaßt und sich in der freien Verfügung durch die klare Bezeichnung der testamentarischen Anordnungen, welche er allein aufrecht erhalten wissen wollte, gänzlich ungebunden angesehen hat: konnte die vom Kläger behauptete Wirkung des Beisatzes im Testamente vom 26. August 1841 nicht begründet erachtet, und mußte das erstrichterliche Urtheil bestätigt werden."

Nr. 184.

Löschung einer intabulirten Satzpost nach Ablauf der im Hofdecrete vom 29. August 1818, Nr. 1488 J. G. S., und im Hofdecret vom 4. Juni 1819, Nr. 1567 J. G. S. festgesetzten dreijährigen Frist.

Entsch. v. 8. April 1856, Nr. 2981 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des B. G. Feldbach vom 5. August 1855, Nr. 2783 und des O. L. G. Graz v. 24. Nov. 1855, Nr. 7587). G. Z. 1856, Nr. 89.

In einem Rechtsstreite handelte es sich um die Rechtsfrage, ob die vom Eigenthümer des hypothecirten Gutes, der die intabulirte Forderung als eine nicht zu Recht bestehende zu zahlen nicht für schuldig erkannt wurde, angesuchte Löschung derselben trotz der eingewendeten Verjährung von 3 Jahren zu gestatten sei oder nicht. Sämmtliche Instanzen beantworteten diese Frage bejahend, der oberste Gerichtshof mit folgender Motivirung: „Die beiden Hofdecrete vom 29. August 1818 und 4. Juni 1819 stehen mit den §§. 1467, 1469 und 1478 a. b. G. B. im Zusammenhange; sie sind eine Folgerung aus diesen Bestimmungen des Gesetzbuches, daß der dreijährige, auf einem rechtmäßigen Titel beruhende redliche und echte Tabularbesitz die Ersitzung des eingetragenen Rechtes begründe, daß also bei einem solchen Besitze und nach vollendeter Ersitzung eine Bestreitung des eingetragenen Titels nicht mehr zuläßig sei, weil mit der vollendeten Ersitzung von Seite des Berechtigten der Widerspruch dagegen erloschen sei; daß also der durch die eingetragene Urkunde sich verletzt Erachtende die Löschung dieser Urkunde vor Verlauf der Ersitzungszeit gegen den Berechtigten anzusuchen, also zu klagen habe. Es ist dadurch, daß der gewöhnliche Weg der Klage angegeben ist, nicht ausgeschlossen, daß die fragliche Urkunde dem daraus Berechtigten gegenüber, wenn auch nicht der Verpflichtete, sondern der Berechtigte als Kläger vor Ablauf seiner Ersitzungszeit auftritt, als eine unwirksame oder ungiltige erklärt werden könne, oder daß ein diesen Ausspruch enthaltendes, wenngleich nach drei Jahren ergangenes, aber auf die vor Ablauf von 3 Jahren eingebrachte Klage des intabulirten Gläubigers sich beziehendes Urtheil nicht geeignet sei, die Ersitzung für den Eingetragenen auszuschließen. Die heutige Geklagte hat mit Klage vom 25. October 1849, also vor Ablauf ihrer Ersitzungszeit von 3 Jahren, den heutigen Kläger auf Bezahlung der 1000 fl. aus dem Schuldbriefe vom 30. November 1847, um den es sich eben handelt, belangt und es wurde mit dem rechtskräftigen Urtheile erster Instanz vom 6. Februar 1852 ausgesprochen, daß das in diesem Schuldbriefe bestätigte Darlehenscapital nicht zugezählt, und Geklagter solches zu bezahlen nicht schuldig sei. Dieses Urtheil muß auf den Tag der Klage, d. i. den 25. October 1849 zurückbezogen, also bezüglich seiner Wirkungen als am 25. October 1849 ergangen angesehen werden.

Der Schuldbrief ist also vor Verlauf von 2 Jahren a dato seiner Intabulation als Darlehensschuldbrief gerichtlich für ungiltig erklärt worden; er haftet also für die angebliche Darlehensgläuberin indebite und ein Pfandrecht kann nur für eine giltige Forderung bestehen. Die Geklagte mußte auch wissen, daß sie ein Darlehen der Ausstellerin jenes Schuldbriefes nicht zugezählt habe; sie kann daher auch nur als eine unredliche oder unechte Pfandbesitzerin angesehen werden; sie konnte somit den Pfandbesitz durch Ersitzung nicht erwerben, und hatte vom 25. October 1849 an keinen rechtmäßigen Titel mehr zur Fortsetzung der Ersitzung. Ist aber von ihrer Seite die Ersitzung wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse binnen 3 Jahren nicht eingetreten, so kann auch von einer Verjährung des Löschungsrechtes ihres Gegners nicht die Rede sein. Von einer selbstständigen Verjährung des heutigen Klagerechtes, ohne Connexion mit einer gegentheiligen Ersitzung, ist ohnehin nicht die Frage. Daß der Besitzer einer Realität, worauf Posten indebite haften, deren Löschung zu verlangen berechtigt sei, kann nicht bezweifelt werden, wenn auch das Hofdecret vom 20. November 1818, Nr. 1519 J. G. S., nicht bestünde."

Nr. 185.

Dauer eines stillschweigend erneuerten Miethvertrages.

Entsch. vom 8. April 1856, Nr. 3355 (Best. des das Urtheil des B. G. Lemberg vom 23. Februar 1856, Nr. 986 abänd. Urtheils des O. L. G. Lemberg v. 17. März 1856, Nr. 4848). G. Z. 1856, Nr. 88.

B kündigte am 23. Nov. 1855 seinem Miethmann A die vermiethete Wohnung gerichtlich dahin auf, daß dieselbe bis 1. April 1856 geräumt sein sollte. A legte diese Aufkündigung zurück, indem er einwendete, daß er im Monate December 1848 die Wohnung auf die Dauer von 3 Jahren, vom 1. Jänner 1849 angefangen, mittelst eines schriftlichen Vertrages gemiethet habe, daß nach Ablauf der dreijährigen Miethzeit durch Einverständniß beider Theile die fragliche Miethe auf weitere drei Jahre, vom 1. Jänner 1852 bis Ende December 1854, ausdrücklich erneuert und auf die Grundlage hin der bedungene Miethzins in halbjährigen Raten vorhinein pünktlich abgeführt wurde; daß demnach die Miethe seither stillschweigend immer von einem halben Jahre zum anderen erneuert und somit bei unterlassener gehöriger Aufkündigung bis Ende Juni 1856 (und nicht bis 1. April 1856) verlängert wurde. Ueber diese Thatsache trug A dem B den Haupteid auf. B machte geltend, daß selbst im Falle der von ihm widersprochenen Existenz jenes schriftlichen Miethvertrages dennoch die Erneuerung der Miethe nur mündlich stattgefunden habe, wornach zufolge des Ausziehpatentes vom 21. September 1792 die Miethe

nur auf ein Vierteljahr als verlängert anzusehen sei, und eine sechswöchentliche Aufkündigung vor Ablauf des mit 1. Jänner 1856 beginnenden Vierteljahrstermins genüge. Die erste Instanz erkannte auf den von A aufgetragenen Haupteid. Die zweite Instanz dagegen erklärte die Wohnungsaufkündigung für unbedingt wirksam. Die dritte Instanz bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen: „Das Hofdecret vom 16. Jänner 1813, Nr. 1024, bestimmt ausdrücklich, daß in Ausziehsachen nur die Miethordnung für die Stadt Lemberg vom 21. September 1792 (Michel II, Nr. 1313) maßgebend sei, daher auch die Frage, auf welche Zeit ein Miethvertrag stillschweigend erneuert werden kann, und welcher Kündigungstermin einzutreten habe, nicht nach den Bestimmungen des a. b. G. B. (§§. 1115, 1116), sondern nur nach dieser Miethordnung beurtheilt werden kann. Der Absatz 1 dieser Miethordnung bestimmt zwar, daß Miethverträge entweder mündlich oder schriftlich geschlossen werden können; dagegen aber setzt der Absatz 3 ausdrücklich fest, daß nicht schriftlich geschlossene Miethverträge nicht länger als für ein Vierteljahr gelten können, für welchen Fall der Absatz 2 den Aufkündigungstermin von 6 Wochen normirt. Es kann demnach A daraus, daß der Miethvertrag ursprünglich schriftlich auf 3 Jahre, vom 1. Jänner 1849 bis letzten December 1851, geschlossen, dann aber auf weitere 3 Jahre mündlich erneuert wurde, nicht den Schluß ziehen, daß die späteren stillschweigenden Erneuerungen auf ein halbes Jahr stattfanden, indem wegen Abganges eines schriftlichen Vertrages für die letztere Periode die stillschweigende Erneuerung nach Absatz 3 der Miethordnung nur auf 3 Monate angenommen werden kann. Bei dieser Sachlage entspricht die von B unter dem 23. November 1855 gerichtlich erwirkte und dem A am 26. November 1855 zugestellte Aufkündigung mit dem Räumungstermine bis 1. April 1856 vollkommen den Bestimmungen der Miethordnung, da die stillschweigende Vertragserneuerung nur für ein Vierteljahr, d. i. vom 1. Jänner 1856 bis Ende März 1856, eingetreten sein konnte. Das Oberlandesgericht hat daher ganz mit Recht diese Wohnungsaufkündigung schlechterdings für wirksam erklärt."

Nr. 186.

Auslegung eines Testamentes: Legat des Fruchtgenusses oder Erbeinsetzung mit fideicommissarischer Substitution?

Entsch. vom 9. April 1856, Nr. 1854 (Best. des Urtheils des L. G. Padua v. 18. August 1855, Nr. 7938, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 23. Nov. 1855, Nr. 20307). Giorn. di Giurispr. pr. 1856, S. 457 ff.

M hatte mit seinem Bruder N in ungetrennter Gemeinschaft des Vermögens gelebt. Er hinterließ ein Testament, worin es heißt: „Ich

will, daß mein Bruder N, so lange er lebt, den Fruchtgenuß meines Vermögens habe." Nun folgt die Anordnung einiger Legate; dann heißt es: „Zum Erben meines gesammten übrigen Vermögens, nach dem Tode meines Bruders N, welches ich nach den Einkünften auf .... anschlage, ernenne ich den A, und für den Fall, daß A stirbt, ehe er in den Besitz der Herrschaft gelangt, substituire ich ihm den B." — Beim Tode des M tritt A im Einverständniß mit N die Erbschaft unbedingt an, und diese Beiden werden sofort in Besitz und Genuß derselben gesetzt. Nun überreichte B eine bedingte Erbserklärung, welcher A in einer Klage entgegentritt mit dem Begehren, zu erkennen: Es stehe dem B kein Erbrecht an der Verlassenschaft des M zu.

Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück, und berief sich bei Auslegung des Testamentes, namentlich auf die verschiedenen bezüglich der Legate dem N in einzelnen Punkten des Testamentes auferlegten Pflichten und eingeräumten Rechte, woraus gefolgert wurde, daß seine Stellung nicht die eines Fruchtnießers, sondern die eines unter Anordnung einer fideicommissarischen Substitution eingesetzten Erben sei. Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren aus folgenden Gründen statt:

„Wenn über die Worte kein Zweifel sein kann, darf eine Untersuchung des Willens des Erblassers gar nicht zuerst zugelassen werden. Dieser allgemeine Grundsatz muß auch bei Beurtheilung des streitigen Testamentes ...... in Anwendung gebracht werden .... Niemals hat der Erblasser, indem er in jenem Actenstücke von seinem Bruder sprach, sich des Ausdruckes „Erbe" oder gar „eingesetzter Erbe" bedient, niemals hat er, indem er den A nannte, von Substitution gesprochen. Die vom Erblasser zur Bezeichnung dessen, was er seinem Bruder und was er dem A zugedacht hat, gewählten Ausdrücke geben in ihrem juristischen und materiellen Sinne deutlich zu erkennen, daß er den Neffen A zum directen Erben einsetzen, seinem Bruder N dagegen blos ein Legat des Fruchtgenusses aussetzen, nicht aber den letzteren zum Erben unter fideicommissarischer Substitution des ersteren einsetzen wollte. Dazu, daß eine fideicommissarische Substitution im Sinne des §. 608 a. b. G. B. bestehe, ist es unerläßlich, daß der Erblasser dem Erben die Verpflichtung auferlege, die Erbschaft einem zweiten, von ihm ebenfalls genannten Erben zu hinterlassen. Allein in dem streitigen Testamente ist weder N dem Namen nach als Erbe bezeichnet, noch ist ihm ausdrücklich die Pflicht auferlegt, den Nachlaß auf A zu übertragen. Die Untersuchung über die Beschaffenheit der verschiedenen, durch das Testament dem N zuerkannten Rechte und auferlegten Verpflichtungen wird nutzlos angesichts eines Gesetzes, welches, wie eben bemerkt wurde, die Untersuchung des Willens des Erblassers da, wo die Worte keinem Zweifel Raum geben, nicht zuläßt, eines Gesetzes, welches nur in einem taxativ angeführten Falle, nämlich im Falle des §. 610 a. b. G. B. eine stillschweigende fideicommissarische Substitution anerkannt. Jedenfalls sind auch die dem N eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten nicht gänzlich unvereinbar mit dem Charakter eines

einfachen Fruchtnießers; wären sie es aber auch, so ist es durchaus nichts Undenkbares, daß der Erblasser die Rechte und Pflichten des Erben einschränkt und dagegen die des einfachen Fruchtnießers erweitert. Daraus erwächst noch keineswegs eine praesumtio juris, daß der Erblasser statt des Legats des Fruchtgenusses eine auf das Leben des Bedachten beschränkte Erbeseinsetzung im Sinne gehabt habe. Daß der Erblasser seinem Bruder N eine unbedingte Verpflichtung auferlegt hat, gewisse Legate zu entrichten, ist weder etwas Ungewöhnliches noch Auffallendes; die in Geld zu entrichtenden hat er lediglich zu verzinsen, was mit den gesetzlichen Pflichten des Fruchtnießers vollkommen übereinstimmt, während, was das Capital betrifft, ihm blos das Recht eingeräumt ist, dasselbe während der Dauer des Fruchtgenusses zurückzuzahlen. Bezüglich der übrigen Legate ist die Verpflichtung der Zahlung dem N keineswegs in deutlicher und unzweifelhafter Weise auferlegt, es ist ihm nur das Recht der Wahl bezüglich des vermachten Gegenstandes eingeräumt......
Eine Belastung dieser Art ändert übrigens in keinem Falle etwas an der Natur der zu Gunsten einer Person getroffenen Anordnung und verwandelt einen Legatar nicht in einen Erben, da nach dem Gesetze auch einem einfachen Legatar eine solche Last auferlegt werden kann, was umsomehr von demjenigen gelten muß, welchem der Fruchtgenuß der gesammten Erbschaft vermacht wird. Dasselbe läßt sich von dem, dem N eingeräumten Rechte sagen, einen Theil der zur Erbschaft gehörigen Grundstücke zu verkaufen, um den Erlös zur Bezahlung der Geld-Legate zu verwenden, da man allgemein annimmt, daß ein solches Recht auch mit dem einfachen Fruchtgenuß ganz wohl vereinbar ist, wenn der Erblasser dasselbe zu einem bestimmten nothwendigen und nützlichen Zwecke eingeräumt hat. Auch die Gründe, welche aus den vom Erblasser bei der Einsetzung des A zum Erben, sowie bei der Substitution des B gebrauchten Ausdrücke hervorgenommen werden, lassen sich nicht halten. Der Erblasser hat nicht einfach geschrieben: „„zum Erben meines gesammten übrigen Vermögens nach dem Tode meines Bruders ernenne ich den A““ zwischen den Worten: „„Bruder“ und „ernenne ich““ finden sich einige andere Sätze, nämlich die Berechnung des Vermögens, welches, wie er auf Grund der Jahreseinkünfte berechnete, dem Erben zufallen würde, woraus folgt, daß man aus jenen Worten nicht auf die Absicht, eine Substitution anzuordnen, sondern auf die zu instituiren schließen kann, daß vielmehr jene Worte „„nach dem Tode meines Bruders““ sich gar nicht auf die Erbeseinsetzung, sondern auf den Bestand des Vermögens beziehen. Wenn ferner der Erblasser, indem er von der Substitution des B sprach, sich so ausdrückte, daß dieselbe dann eintreten sollte, wenn A stirbt, ehe er in den Besitz seines Vermögens gelangt, so kann daraus auch nicht gefolgert werden, daß A als substituirter, nicht als instituirter Erbe angesehen werden sollte; denn indem der Erblasser von dem Besitze der Erbschaft sprach, meinte er offenbar nicht den materiellen, sondern den juristischen Besitz (possesso di diritto). Spricht man aber im juristi-

schen Sinne vom Besitz der Erbschaft, so versteht man darunter immer den rechtlichen Besitz (possesso di diritto), wie auch aus §. 797 a. b. G. B. hervorgeht, — und dieser juristische Besitz wird auch, wo es sich um eine zu Gunsten eines Dritten mit Fruchtgenuß belastete Erbschaft handelt, mit dem Tage erworben, wo der Erbe die Erbschaft annimmt, nicht aber erst mit dem Tage, wo der Fruchtgenuß des Dritten aufhört. Aus diesen Gründen ist das Oberlandesgericht der Ansicht, daß das fragliche Testament nicht eine fideicommissarische Substitution, sondern nur ein Legat des Fruchtgenusses am gesammten Vermögen zu Gunsten des N und eine directe Erbseinsetzung zu Gunsten des A mit gemeiner Substitution des B für den Fall enthalte, daß A früher als der Erblasser stirbt. Daraus folgt, daß die gemeine Substitution zu Gunsten des B in dem Augenblicke erlosch, wo A den Erblasser überlebt und dessen Erbschaft angetreten hat."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz aus nachstehenden Gründen: „Der wirkliche und einzige Mittelpunkt des Processes ist die Frage, ob nach der wahren Absicht des M das Recht des von ihm ernannten Erben A schon in dem Augenblicke, wo er ihn überlebte, ein volles und unbedingtes geworden ist, oder ob.... es von der Suspensivbedingung abhängt, daß der Fruchtnießer N vor dem A sterbe. Dafür nun, daß die Frage im letzteren Sinne entschieden werde, sprechen sowohl die einzelnen Gesetze und Anordnungen des fraglichen Testamentes, als auch die Darlegung der eigentlichen Absicht des Testators, die in dem Inhalte des Actenstückes selbst sich findet. Denn einerseits findet man darin, daß A für die Zeit nach dem Tode des Bruders N zum Erben eingesetzt ist, und es wird ihm B für den Fall substituirt, daß A stirbt, ehe er in den Besitz des mit dem Fruchtgenuß belasteten Vermögens gelangt. Auf der anderen Seite zeigt sich die Absicht des Erblassers, das Vermögen, welches er bis dahin in Gemeinschaft mit seinem Bruder besessen hatte, wenigstens bis zum Tode des Letzteren ungetheilt beisammen zu lassen, und nur die Ueberlieferung desselben auf die nächsten Verwandten vorzubereiten. Mit dieser Absicht des Erblassers würde es aber offenbar im Widerspruch gestanden haben, hätte er schon jetzt dem eingesetzten Erben die freie Verfügung über den Nachlaß eingeräumt, die Substitution des B noch bei Lebzeiten des N ausgeschlossen, und es so möglich gemacht, daß noch vor dem Tode der als Mittelpunkt und Haupt der Familie eingesetzten Person, welche über die gesammten Einkünfte nach Willkür und ohne die Intervention Anderer als der nächsten Blutsverwandten, verfügen sollte, Fremde als Eigenthümer sich einmischen könnten."

Nr. 187.

Ueberreichung der Appellationsanmeldung und Beschwerden im summarischen Verfahren in simplo.

Entsch. vom 9. April 1856, Nr. 3251 (Best. des Bescheides des B. G. Mistelbach v. 17. Jänner 1856, Nr. 302, Aufhebung des Bescheides des O. L. G. Wien v. 12. Februar 1856, Nr. 2020). G. H. 1858, S. 74, 75.

Die Appellanten wider ein nach abgeführtem summarischen Verfahren ergangenes Urtheil brachten die Appellationsanmeldung und Beschwerden in simplo ein. Die erste Instanz stellte dieselben mit dem Bemerken zurück, daß ein Duplicat von denselben zu verfassen und die Beschwerden in duplo binnen 3 Tagen um so gewisser einzubringen seien, als dieselben sonst nicht als rechtzeitig eingebracht betrachtet würden. Die zweite Instanz gab dem Recurse wider diesen Bescheid statt, und trug dem Bezirksgerichte auf, die Appellationsanmeldung und -Beschwerden ohne Abforderung eines Duplicates zu erledigen, „da der §. 44 der Vorschrift für das summarische Verfahren die Appellationseinrede nicht zuläßt, und sich sonach die Ueberreichung eines Duplums der Appellationsschrift als zwecklos darstellt". Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung „in der Erwägung, daß die allerh. Entschließung vom 18. October 1845 über das summarische Verfahren bezüglich der Zustellung der Appellationsanmeldung an den Gegentheil weder im §. 44 noch sonstwo etwas verfügt, daß somit nach §. 7 die diesfalls über das gerichtliche Verfahren ertheilten allgemeinen Vorschriften und das Hofdecret vom 15. Jänner 1787, Nr. 621 J. G. S. (Wessely I, Nr. 811), welches anordnet, daß jede Appellationsanmeldung dem Gegentheile zuzustellen sei, zu befolgen sind."

Nr. 188.

Zuständigkeit der österreichischen Gerichte zur Abhandlung des Nachlasses von Ausländern, welche in Oesterreich ihren Wohnsitz hatten.

Entsch. vom 15. April 1856, Nr. 1833 (Best. des Bescheides der Prätur Mailand vom 22. Nov. 1855, Nr. 52948, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 27. Dec. 1855, Nr. 13483). Gaz. d. Trib. 1856, S. 293 ff.

Ein sardinischer Staatsbürger, welcher seit vielen Jahren in Mailand seinen Wohnsitz hatte, starb daselbst, und hinterließ ein Testament, in welchem eine österreichische Staatsbürgerin als Universalerbin einge-

setzt war; die nächsten gesetzlichen Erben waren mit Legaten bedacht, und fanden sich überdies mit der Universalerbin ab. Die letztere suchte bei der Stadtprätur Mailand um Abhandlung des Nachlasses an; dagegen erhoben aber entfernte Verwandte des Erblassers Einsprache, indem sie bestritten, daß der Letztere seinen Wohnsitz in Mailand gehabt habe. Da indeß das Gegentheil nachgewiesen wurde, erklärte sich die Stadtprätur für zuständig. Die zweite Instanz sprach die Incompetenz der Prätur aus, weil das bloße Begehren der vermuthlichen Erben nicht ausreichen könne, um die Zuständigkeit im Sinne des §. 140 des Patentes vom 9. August 1854 zu begründen, wenn andere Personen, die sich als Betheiligte melden, dagegen Einsprache erheben. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Da es sich um den Todesfall eines Ausländers handelt, welcher seit langer Zeit seinen dauernden Aufenthalt in Mailand genommen hat, mußte der österreichische Richter nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. August 1854 die inländische Jurisdiction geltend machen, und er konnte sich nach §. 2 Nr. 7 des erwähnten Gesetzes davon jedenfalls nicht durch nackte Behauptungen abbringen lassen, am allerwenigsten, wenn, wie im vorliegenden Falle, ein innerhalb des österreichischen Kaiserstaates errichtetes, mit allen äußerlichen, von den inländischen Gesetzen vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehenes Testament besteht, welches eine in Oesterreich wohnhafte Person, die Recurrentin nämlich, als Erbin einsetzt. Nach §. 24 des erwähnten Gesetzes obliegt überdies dem Richter die Pflicht, die Verlassenschaftsabhandlung vorzunehmen, wenn die hierlands befindlichen Betheiligten dies ausdrücklich verlangen; ferner ist das ganze Verfahren lediglich nach den §§. 75 und 140 dieses Gesetzes einzurichten, solange nicht ein gegründetes Motiv vorhanden ist, davon abzuweichen. Dazu aber können jedenfalls nicht bloße Behauptungen genügen, welche von Personen ausgehen, die ihre Erbrechte nicht formell geltend gemacht haben, ja nicht eimal die Absicht zu erkennen geben, die Giltigkeit des Testamentes anzufechten, und keinen Beweis für ihre Ansprüche vorgebracht haben, die doch selbst im Verfahren außer Streitsachen gebührend gerechtfertigt werden müßten."

Nr. 189.

Haftung des Cedenten im Falle der Uneinbringlichkeit der cedirten Forderung, wenn die Cessionsvaluta in einer Forderung besteht.

Entsch. v. 15. April 1856, Nr. 3050 (Best. des Urtheils der Prätur Spilimbergo vom 29. Nov. 1855, Nr. 8784, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 12. Februar 1856, Nr. 2034). Eco d. Trib. 1858, S. 200.

A hatte dem B eine Forderung an C im Betrage von 163 Lire cedirt, wogegen B dem A eine Forderung an D im Betrage von 191 Lire abtrat. Als A mit seiner Klage gegen D abgewiesen war, verlangte er von B die Zahlung von 163 Lire. Seine diesfällige Klage wurde in erster und dritter Instanz mit dem Vorbehalt, daß es ihm freistehe, die Rückstellung der Schuldverschreibung des C über 163 Lire zu verlangen, abgewiesen, weil der Geklagte behauptete, er habe auch von C die Zahlung nicht erlangen können, eine Behauptnng, wider welche A einen Beweis nicht vorbrachte. Die zweite Instanz hatte dem Klagebegehren gemäß erkannt, weil B die Uneinbringlichkeit der ihm cedirten Forderung nicht bewiesen habe. Dagegen heißt es über diesen Punkt in den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofs: „Im Sinne des §. 1397 a. b. G. B. haftet der Cedent nicht für mehr als er vom Cessionar erhalten hat; das Begehren des Klägers, auf Zahlung einer Baarsumme von 163 Lire zu erkennen, ist daher unhaltbar, so lange dieser Betrag dem B nicht eingegangen ist; darüber aber hat Kläger keinen Beweis vorgebracht, während der Geklagte es läugnet und vielmehr behauptet, es sei bis jetzt jeder Versuch, vom Schuldner die Zahlung zu erlangen, fehlgeschlagen."

Nr. 190.

Zulässigkeit der Auftragung des Haupteides an den im Processe nicht befangenen Cedenten.

Entsch. vom 16. April 1856, Nr. 1883 (Best. des das Urtheil der Prätur Vicenza v. 2. Juni 1855, Nr. 10526 abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 31. October 1855, Nr. 18612). G. Z. 1857, Nr. 100. Giorn. d. Giurispr. 1857, S. 222.

In einem Processe des Cessionars gegen den debitor cessus behauptete dieser, daß ihm der Cedent die Schuld erlassen habe, und erbot sich, dies durch den dem Cedenten aufgetragenen referiblen Haupteid zu erweisen. Die erste Instanz hielt diese Eidesauftragung für unstatthaft,

weil der Cedent keine Partei im Proceß bilde, und der §. 265 ital. G. O. (§. 203 a. G. O.) nur einen Streittheil zum Hauptеid zulasse. Die zweite Instanz dagegen ließ diesen Eid aus folgenden Gründen zu: „Der dem Cedenten aufgetragene Haupteid ist zulässig; denn, obschon jener dem Processe nicht beigetreten ist, stellt er mit dem Cessionar im rechtlichen Sinne doch nur eine Person vor, da Letzterer sein Recht von Ersterem ableitet; so gut der Cessionar eine vom Cedenten ausgestellte und erkannte Quittung gegen sich gelten lassen müßte, so gut muß er auch die Erklärung als gegen sich wirksam ansehen, welche durch den Haupteid erwiesen werden soll. Das Gesetz verbietet die Zulassung eines solchen Eides nicht, ja im §. 238 prov. C. P. O. für Ungarn und Siebenbürgen ist es dem Ermessen des Richters geradezu überlassen, auf Eide zu erkennen, welche im Processe als Streittheile nicht fungirende Personen abzulegen haben." Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil mit Berufung auf die angeführten Gründe.

Nr. 191.

Auslegung und Behandlung einer von dem Erben in dem Einantwortungsgesuch übernommenen Verpflichtung. — Verhältniß der Einantwortungsurkunde zum Einantwortungsgesuch. — Präjudicialerkenntniß.

Entsch. v. 16. April 1856, Nr. 3673 (theilweise Abänderung des Urtheils des L. G. Prag vom 12. Juni 1855, Nr. 10438 und des Urtheils des O. L. G. Prag vom 9. Oct. 1855, Nr. 6476). G. Z. 1856, Nr. 98.

Die M hatte ihren Gatten B zum Universalerben eingesetzt, und ihren Verwandten mehrere Vermächtnisse ausgesetzt, jedoch mit folgender Beschränkung: „Diese Legate soll mein Universalerbe nur dann bezahlen, wann es ihm beliebt; und wenn er nicht wollte, so könnten diese Legatare ihre sämmtlichen Legate erst nach seinem Tode aus seiner Verlassenschaft begehren; sicherstellen dürfen sie selbe nicht; auch haben sie keine Interessen anzusprechen als von seinem Todestage an. Wenn ein Legatar auch nur im Geringsten gegen dieses Testament auftritt und Pränotation oder Sicherstellung ansuchen möchte, so soll ihm nicht nur solche nicht bewilligt werden, sondern er verliert außerdem das Legat und hat nichts anzusprechen." Nach dem Tode der M trat B deren Erbschaft auf Grund dieses Testamentes an, und überreichte im Laufe der Verlassenschaftsabhandlung am 22. September 1853 ein Gesuch um Einantwortung des Nachlasses, worin er erklärte, er wolle die von der Erblasserin bestimmten Legate bezahlen, und im Falle, daß er sie nicht sogleich auszahle, dieselben sicherstellen, und bat, daß ihm der Nachlaß gegen diese Verpflichtung

eingeantwortet werde. In Folge dessen wurde ihm der Nachlaß am 22. October 1853 unter der von ihm freiwillig übernommenen Verpflichtung: „die Legate zu bezahlen oder im Falle der nicht sogleichen Auszahlung sicherzustellen“ eingeantwortet, und die Verlassenschaftsabhandlung für beendet erklärt. Von dieser Einantwortung wurden die Legatare und darunter auch die A, welcher im Testament der M ein Legat pr. 2000 fl. ausgesetzt war, durch Rathschlag verständigt, welcher jedoch dahin lautet, daß B „angewiesen wurde, ihr das Legat pr. 2000 fl. auszuzahlen“. Als B sich weigerte, das Legat auszuzahlen, oder Sicherstellung für die künftige Auszahlung zu leisten, erwirkte die A die Pränotation ihres Legats auf zwei Realitäten des B, und trat sohin klagend gegen B auf, indem sie unter Berufung auf den ihr zugestellten Rathschlag die Zahlung des ihr zugedachten Legats pr. 2000 fl. binnen 14 Tagen nebst 4% Verzugszinsen vom 1. December 1853 und die Anerkennung der Pränotationsrechtfertigung begehrte.

Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren durchaus gemäß, also auf sofortige Zahlung der 2000 fl. sammt Verzugszinsen vom 1. December 1853 und Sicherstellung, in der Erwägung, daß der Geklagte in seinem Einantwortungsgesuch selbst auf die im Testament der M zu seinen Gunsten beigesetzten Beschränkungen verzichtet habe, welcher Verzicht bei seiner Unbestimmtheit sowohl auf die Festsetzung einer beliebigen Zahlungszeit, als auf die Sicherstellung zu beziehen sei. — Die zweite Instanz erkannte, der Geklagte sei schuldig, das angesprochene Legat binnen 14 Tagen zu bezahlen, oder aber im Falle der nicht sogleichen Bezahlung sicher zu stellen, von dem Betrage pr. 2000 fl. aber die seit dem Klagstage (11. Sept. 1554) laufenden 4% Verzugszinsen der Klägerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution zu bezahlen, und sei die erwirkte Pränotation für gerechtfertigt zu halten. Die zweite Instanz fand den Geklagten deßhalb nicht zur sofortigen Zahlung der 2000 fl. zu verurtheilen, weil die ihm in der Einantwortungsurkunde auferlegte Verpflichtung nur eine alternative sei.

Die dritte Instanz entschied: der Geklagte sei schuldig, das von der M für die A bestimmte Legat pr. 2000 fl. zu bezahlen; dagegen werde die Klägerin mit ihrem Begehren, daß B schuldig erkannt werde, binnen 14 Tagen die Zahlung der 2000 fl. nebst 4% Verzugszinsen seit 1. Dec. 1853 zu leisten, abgewiesen. Die Entscheidung über die Frage der Verpflichtung des Geklagten zur Sicherstellung des Legats entfalle durch den in den Urtheilen der ersten und zweiten Instanz enthaltenen übereinstimmenden Ausspruch, wodurch die pcto. dieses Legats erwirkte Pränotation für gerechtfertigt erkannt wurde, und es werden hinsichtlich dieses Rechtfertigungsanspruchs die diesfalls übereinstimmenden Urtheile erster und zweiter Instanz unberührt gelassen. Der oberste Gerichtshof ging bei dieser Urtheilsfällung

„1. von der Erwägung aus, daß der eigentliche ursprüngliche und wahre Rechtsgrund, aus welchem die Klägerin von dem Geklagten die

Zahlung des Legats fordern kann, doch nur das Testament der M sei, welchem zufolge aber die Legatare vor dem Tode des Erben die Auszahlung der Legate nicht fordern können. Wollen sie schon gegenwärtig die Zahlung der Legate, eine Verzinsung und eine Sicherstellung ansprechen, so müssen sie den Rechtsgrund für diesen Anspruch nachweisen. Ein solcher Rechtsgrund liegt aber weder in dem landesgerichtlichen Bescheide vom 22. October 1853, noch in dem Einantwortungsgesuche des B, noch in der Einantwortungsurkunde selbst, denn a) der gerichtliche Bescheid vom 22. October 1853 ist nur der Klägerin, nicht aber dem Geklagten zugestellt worden; er kann daher auch nicht als gegen ihn rechtskräftig geworden angesehen werden. Er enthält aber auch nach seinem Wortlaute nur die Verpflichtung des B zur Zahlung überhaupt, keineswegs aber die Bestimmung der Zeit, wann die Zahlung zu leisten sei. Er spricht also in der Wesenheit nichts anderes aus, als was schon im Testamente ausgesprochen ist. Er kann und muß daher auch nur auf das Testament und die darin enthaltene Anordnung bezogen werden, weil er keineswegs den Ausspruch über eine Abänderung des Testamentes enthält. b) In dem Einantwortungsgesuche vom 22. September 1853 bittet zwar B, ihm die Verlassenschaft nach seiner Gattin gegen dem einzuantworten, daß er schuldig und verbunden sei, die Legate zu bezahlen, und im Falle der nicht sogleichen Auszahlung sicherzustellen. Durch diese Worte legt er sich die einzige neue, ihm nach dem Testamente nicht obliegende Verbindlichkeit, die zur Sicherstellung der Legate, auf. Aber eine ausdrückliche Erklärung, daß er sich zur sogleichen Zahlung der Legate verbinde, liegt in diesen Worten nicht; es kann aber auch daraus nicht gefolgert werden, daß er sich eine solche neue, im Testamente nicht begründete Verpflichtung habe auferlegen wollen, und es kann nach allen Regeln der grammatischen und juristischen Auslegung in den angeführten Worten der von der Klägerin hineingelegte Sinn darin nicht gefunden werden; denn das Versprechen der Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit kann nur dann als rechtsverbindlich betrachtet werden, wenn dasselbe ausdrücklich und bestimmt erklärt worden, oder wenn dasselbe aus dem Zusammenhange der obwaltenden Umstände deutlich zu entnehmen ist. Die Klägerin führt nun gar keine Umstände an, durch welche B bewogen worden sei, eine solche Verpflichtung zu übernehmen. Diese seine Erklärung ist auch nur in einem Gesuche dem Gerichte gegenüber einseitig abgegeben worden; sie muß also auch so ausgelegt werden, wie sie ihm am wenigsten nachtheilig ist, nämlich dahin, daß er bitte: es möge ihm die durch das Testament bestimmte Verpflichtung zur Bezahlung der Legate und auch die Verbindlichkeit zur Sicherstellung derselben, wenn er sie nicht sogleich bezahle, als Bedingung der an ihn zu erlassenden Verlassenschaftseinantwortung auferlegt werden. Es kann daher B auf Grund dieses seines Gesuches nur zur Bezahlung der Legate überhaupt, keineswegs aber zur Leistung binnen 14 Tagen oder binnen einer sonstigen bestimmten Frist verurtheilt werden. c) Ebensowenig liegt ein Grund zu

einer solchen Verurtheilung in der Einantwortungsurkunde vom 22. October 1853, weil diese nur das, was B in seinem Gesuche erklärt hat, mit dem Unterschiede ausspricht, daß sie statt des von B gebrauchten Bindewortes „„und"" das Wörtchen „„oder"" zwischen dem ersten und zweiten Satze der Verpflichtungserklärung setzte; die Einführung dieses eine Alternative bezeichnenden Wörtchens „„oder"" zeigt überdies deutlich, daß auch die Abhandlungsbehörde die Erklärung des B nur dahin verstanden habe, daß er sich blos die Pflicht zur Zahlung überhaupt oder die Verbindlichkeit zur Sicherstellung bis zur seinerzeitigen Zahlungsleistung auferlegen wolle, weßhalb diese Behörde in der Einantwortungsurkunde die Verpflichtung des B nur deutlicher mit Beifügung der Alternative textirte. Da nun die Verpflichtung des Geklagten zur sofortigen Bezahlung nicht begründet ist, kann er auch nicht verurtheilt werden, diese Zahlung binnen 14 Tagen zu leisten, weßhalb das Klagebegehren in dieser Beziehung abgewiesen werden muß. Dagegen muß in dem Urtheile ausdrücklich ausgesprochen werden, daß der Geklagte schuldig sei, das eingeklagte Legat zu bezahlen. Denn der Geklagte hat in seiner Einrede wesentlich die Einwendung erhoben, daß der Anspruch auf das Legat deßhalb ganz erloschen sei, weil die Pränotation des Legates angesucht worden ist, nach der testamentarischen Anordnung der Erblasserin aber jeder Legatar, welcher eine Pränotation begehrt, des Legates verlustig sein soll. Es muß daher in Folge dieser Einwendung auch im vorliegenden Processe und im Urtheil deutlich ausgesprochen werden, ob der Geklagte das Legat zu bezahlen schuldig bleibe oder nicht, weil das Urtheil nicht den Verhandlungsacten entspräche, und seinerzeit neuerdings das Legatsforderungsrecht überhaupt wieder in Frage gestellt werden könnte. Nach den in diesem Processe vorliegenden Verhandlungsacten stellt sich diese Einwendung des Geklagten als ungegründet dar, und sie muß deßhalb verworfen werden, weil sich der Geklagte in seinem Einantwortungsgesuche selbst zur Sicherheitsleistung verpflichtet hat, und weil die Verpflichtung in der Einantwortungsurkunde als Bedingung ausgesprochen, und von ihm dagegen kein Rechtsmittel ergriffen worden, dieselbe daher den Legataren gegenüber rechtskräftig ist. Dadurch ist nun eine Neuerung eingetreten, und die Legatare waren zum Pränotationsbegehren berechtigt, weil der Geklagte nicht selbst die ihm obliegende Sicherstellungspflicht erfüllt hatte. Es kann daher die im Testamente gesetzte Folge des Legatverlustes nicht eintreten."

„2. Der Geklagte ist durch die Urtheile erster und zweiter Instanz nach dem Klagebegehren für schuldig erkannt worden, 4% Zinsen von dem Legatsbetrage zu bezahlen. Allein diese Verpflichtung zur Verzinsung liegt weder im Testamente, noch in dem gerichtlichen Bescheide vom 22. October 1853, noch in dem Einantwortungsgesuche, und in der Einantwortungsurkunde wird von einer Verzinsung nichts erwähnt. In dem Testamente wird vielmehr B für seine ganze Lebenszeit von jeder Zinsenzahlung ausdrücklich befreit. Nach dem Gesetze gebühren aber Verzugs-

zinsen nur dann, wenn den Verpflichtete in Leistung der Zahlung säumig ist. Da jedoch die Zeit, in welcher die Legatare die Legate fordern können, noch nicht eingetreten ist, diese Zeit sich auch im Vorhinein nicht bestimmen läßt, mußten die Urtheile beider untern Instanzen in diesem Punkte dem Gesetze gemäß auf Abweisung des diesfälligen Klagebegehrens abgeändert werden."

„3. Die Verpflichtung des Geklagten zur Sicherstellung des Legates entfällt, weil sie bereits durch die angesuchte und vollzogene Pränotation bewirkt, diese Pränotation auch durch die in diesem Punkte übereinstimmenden Urtheile erster und zweiter Instanz als gerechtfertigt anerkannt worden ist, der Geklagte sich dagegen nicht beschwert, sondern ausdrücklich bittet, das obergerichtliche Urtheil in diesem Punkte zu bestätigen; dann weil dem Geklagten nicht eine doppelte Sicherstellung aufgebürdet werden kann."

Nr. 192.

Beweis durch das Gewerbsbuch.

Entsch. v. 29. April 1856, Nr. 2918 (Best. des das Urtheil des B. G. Linz v. 19. Juli 1855, Nr. 1674, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 7. Nov. 1855, Nr. 11729). G. Z. 1857, Nr. 99.

Der Glasermeister A stellte wider B eine Klage auf Zahlung von 353 fl. 49 kr. für gelieferte Glaserarbeiten an, und berief sich zum Beweise seiner Forderung auf einen Auszug aus seinem Gewerbsbuche, den er erfüllungsweise zu beschwören sich erbot. B widersprach die Richtigkeit und behauptete, daß die Arbeiten um mindere Preise zu Linz beigestellt werden können, worüber er den Beweis durch Sachverständige anbot. Die erste Instanz erkannte auf Ablegung des Erfüllungseides ohne den vom Geklagten beantragten Beweis durch Sachverständige zuzulassen. Die zweite Instanz ließ diesen Beweis zu, ebenso die dritte Instanz mit folgender Motivirung: „Da einerseits kein Gesetz besteht, durch welches erklärt wird, daß der im §. 121 a. G. O. den Büchern der Gewerbsleute eingeräumte Beweis ein solcher sei, gegen welchen ein Gegenbeweis unzuläßig wäre, und da andrerseits der Kläger in der Verhandlung nicht angab, daß der Preis der dem Geklagten gelieferten Arbeiten zwischen ihnen vertragsmäßig bestimmt worden sei, der Preis daher nach §. 1152 a. b. G. B. durch den Richter zu bestimmen ist, so erscheinen die im obergerichtlichen Urtheile angeführten Umstände, über welche der Geklagte den Beweis durch Sachverständige angeboten, und das Obergericht zugelassen hat, immerhin geeignet, dem Richter als Anhaltspunkt bei Beurtheilung der Ansprüche des Klägers zu dienen und zur Entscheidung der Hauptsache zu führen, und zwar umsomehr, als nach §. 195 a. G. O.

bei dem Augenschein ohnehin beiden Theilen freisteht, den Kunstverständigen jene Erinnerungen zu machen, die sie nöthig finden."

Nr. 193.

Qualificirtes Geständniß. Beweislast bezüglich einer Suspensivbedingung.

Entsch. v. 29. April 1856, Nr. 3276 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien v. 19. Nov. 1855, Nr. 46708 abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 6. Februar 1856, Nr. 17424). G. Z. 1856, Nr. 102.

A klagte die B auf Zahlung einer Geldsumme, indem er behauptete, die B habe sich verpflichtet, gewisse von ihrem Gatten acceptirte Wechsel einzulösen, und sich für diese Wechselbeträge als Selbstschuldnerin oder Zahlerin erklärt. Ueber diese Umstände trug er der B den Haupteid auf. Die B gab diese Thatsache zu, behauptete jedoch, daß sie sich zum Zahlen der eingeklagten Summe nicht unbedingt verpflichtet habe. Die erste Instanz erkannte auf den in der Klage aufgetragenen Haupteid, jedoch mit dem Zusatze, daß sie sich nicht unbedingt verpflichtet erklärt habe. Die zweite Instanz erkannte auf den Haupteid, jedoch mit Auslassung des Wortes „unbedingt". Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Gründen: „Die Geklagte widerspricht, daß die in Frage stehende Zahlungszusicherung unbedingt geschehen sei, und behauptet, daß der Kläger dies zu beweisen habe, und daß daher der Haupteid ausdrücklich auf die unbedingte Zahlungszusicherung lauten, und der Kläger sich sonach die Formulirung desselben in der von dem Handelsgerichte vorgeschriebenen Art gefallen lassen müsse. Dagegen muß jedoch bemerkt werden: Obwohl aus dem Haupteide, wie er in der Klage formulirt erscheint, zu folgern ist, daß die Zahlungszusicherung unbedingt gegeben worden sei, da von einer Bedingung darin nichts enthalten ist, so hat der Kläger dennoch nur die von ihm ausdrücklich angeführten und den Grund seiner Klage bildenden positiven factischen Umstände, nämlich die von der Geklagten erklärte Zahlungszusicherung zu beweisen, und ist nicht schuldig, weiters auch noch Negationen darzuthun, daß nämlich die Beklagte weder eine Bedingung gestellt, noch einen Vorbehalt gemacht, noch irgend eine andere Beschränkung beigefügt habe. Hierzu konnte er sich auch dadurch, daß Geklagte widerspricht, die Zahlung unbedingt zugesichert zu haben, nicht verpflichtet erachten, denn dieser Widerspruch enthält die positive Behauptung, daß die Geklagte ihrer Zahlungszusicherung eine Bedingung oder eine Beschränkung beigefügt habe; die Angabe der gestellten Bedingung aber und der Beweis darüber wäre nur ihr, da die Behauptung von ihr aus-

ging, und zwar umsomehr obgelegen, als nach §. 6 a. G. O. der Geklagte in der Einrede das Klagefactum zu ergänzen und jene Umstände, die der Kläger verschwieg, oder anders, als sie sich verhalten, darstellte, nachzutragen hat. Da nun die Geklagte nicht einmal die Bedingung, unter welcher sie die Zahlungszusicherung gegeben haben will, angeführt, noch weniger darüber einen Beweis angeboten hat, so kann ihr oberwähnter, übrigens auch ganz unbestimmter Widerspruch nicht beachtet, sondern es muß die Statthaftigkeit des Klageanspruchs lediglich von dem Resultate des vom Kläger und vom Oberlandesgerichte formulirten Hauptеides abhängig gemacht werden."

Nr. 194.

Verpflichtung zur Zahlung der Assecuranzprämie, wenn auch die Ausstellung der Assecuranz-Polizze unterbleibt. — Berechnung der Frist bei Erklärung der Annahme eines Versprechens mittelst Post.

Entsch. vom 30. April 1856, Nr. 3764 (Best. des das Urtheil der Prätur Aviano v. 28. Dec. 1855, Nr. 4462 abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 19. Februar 1856, Nr. 3323). Eco d. Trib. 1856, S. 397. G. Z. 1856, Nr. 101.

Nr. 195.

Zulässigkeit der Pränotation eines notariell beglaubigten Contocorrente.

Entsch. vom 7. Mai 1856, Nr. 2410 (Aufhebung der gleichförmigen Verordnungen des B. G. Hohenelbe v. 6. Nov. 1855, Nr. 3435 und des O. L. G. Prag v. 28. Dec. 1855, Nr. 10991). G. Z. 1857, Nr. 62.

Nr. 196.

Berücksichtigung des §. 1500 a. b. G. B. von Amtswegen?

Entsch. v. 11. März 1856, Nr. 1472 (Best. des das Urtheil des B. G. Winterberg v. 10. Juli 1854, Nr. 146 abändernden Urtheils des O. L. G. Prag v. 13. August 1855, Nr. 1116). G. Z. 1856, Nr. 68.

A stellte gegen B die actio negatoria an. B berief sich auf die dreißigjährige Ersitzung. Die erste Instanz gab dieser Einwendung nicht

statt, mit Berufung auf den §. 1500 a. b. G. B. Anders die zweite und dritte Instanz. In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Der Geklagte bedarf, da er die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 Jahren stützt, nach §. 1477 a. b. G. B. keiner Angabe des rechtmäßigen Titels, und es wäre die processualische Pflicht des Klägers gewesen, die Unredlichkeit des Besitzes des Geklagten zu beweisen. Da er jedoch einen solchen Beweis nicht angeboten hat, muß der Besitz des Rechtes.... als von dem Geklagten durch Ersitzung erworben betrachtet werden, indem er nach §. 1493 a. b. G. B. die Ersitzungszeit seines Vorgängers einzurechnen befugt ist. Das Gericht erster Instanz hat in seinen Entscheidungsgründen zwar angeführt, daß der Kläger im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher das Gut gekauft habe, zur Zeit des Kaufes das Recht des Geklagten in die Landtafel nicht eingetragen gewesen sei, die Ersitzung daher dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen könne. Allein der §. 1500 a. b. G. B. setzt bei der Bestimmung, daß das aus der Ersitzung erworbene Recht demjenigen, der noch vor der Einverleibung dieses Rechtes eine Sache gekauft hat, zu keinem Nachtheile gereichen könne, deutlich und bestimmt voraus, daß der Käufer den Kauf im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher geschlossen habe. Daß der Kläger aber das Gut im bloßen Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gekauft hat, wäre die Behauptung einer Thatsache. Der Kläger hat aber diese Thatsache in der Replik nicht angeführt und dieselbe keineswegs als Einwendung gegen die in der Einrede aufgestellte Behauptung der Ersitzung vorgebracht. Der Richter kann also diese von der Partei nicht erhobene Einwendung nicht von Amtswegen in Betracht ziehen, besonders da bei licitatorischen executiven Realitätenverkäufen das Grundbuch nicht die einzige Grundlage für die Bestimmung der von dem Käufer zu übernehmenden Lasten bildet."

Nr. 197.

Verständigung der Hypothekargläubiger von der Feilbietung der Pfandsache. Art der Zustellung dieser Verständigung.

Entsch. v. 14. Mai 1856, Nr. 4674 (Best. des den Bescheid der Prätur Spilimbergo v. 13. Dec. 1855, Nr. 9914 abänd. Decrets des O. L. G. Venedig vom 12. Febr. 1856, Nr. 3073). Eco d. Trib. 1856, S. 198.

Die erste Instanz hatte die Verständigung der Hypothekargläubiger von der bewilligten Feilbietung unter Anordnung der Zustellung zu eigenen Handen verfügt. Auf den Recurs des Executionsführers wurde dieser Beisatz für unzulässig und die Zustellung in die Wohnung für ausreichend erklärt. Die dritte Instanz bestätigte diese Entscheidung,

„da sich im 36. Capitel der ital. Gerichtsordnung keine Bestimmung findet, welche das Begehren der Zustellung zu eigenen Handen unterstützt, und da das Gesetz, wo es die Zustellung zu eigenen Handen will, diese ausdrücklich vorschreibt, wie z. B. im §. 317 ital. G. O. (§. 250 allg. G. O.), während ein solcher Beisatz im §. 427 ital. G. O. (§. 438 westg. G. O.) sich nicht findet."

Nr. 198.

Fortdauer des bereits begonnenen Personalarrestes nach Ueberreichung des Güterabtretungsgesuches.

Entsch. v. 20. Mai 1856, Nr. 4835 (Best. des den Bescheid des H. G. Mailand vom 1. März 1856, Nr. 3289 abänd. Decrets des O. L. G. Mailand v. 29. März 1856, Nr. 4092). Gaz. d. Trib. 1856, S. 288.

Nr. 199.

Klage auf Theilung einer im Miteigenthume eines Cridatars stehenden aber nicht in die Concursmasse gehörigen Realität, gegen den Concursmasseverwalter gerichtet und bei der Realinstanz eingebracht.

Entsch. v. 27. Mai 1856, Nr. 5098 (Best. des Decretes der Prätur Villafranca v. 30. Jänner 1856, Nr. 629, Abänderung der Verordnung des O. L. G. Venedig vom 10. April 1856, Nr. 6340). Eco d. Trib. 1856, S. 219. Gaz. d. Trib. 1856, S. 417.

Nr. 200.

Rangordnung gerichtlicher Pfandrechte. Beweislast rücksichtlich der Identität zu verschiedener Zeit gepfändeter Effecten.

Entsch. vom 28. Mai 1856, Nr. 5047 (Best. des Bescheides des L. G. Prag v. 10. Jänner 1856, Nr. 11623, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Prag v. 26. Februar 1856, Nr. 3090). G. Z. 1858, Nr. 63.

B hatte gegen X die executive Feilbietung der am 12. Juli 1855 zu seinen Gunsten gepfändeten Effecten erwirkt. Der Erlös wurde ge-

richtlich deponirt. Vor der zur Kaufschillingsberechnung bestimmten Tagsatzung zeigte A an, daß auch ihm Executionsrechte auf die feilgebotenen Effecten zustehen, da zu seinen Gunsten dieselben Effecten am 13. Juni 1855 gerichtlich gepfändet worden seien. Bei der behufs Vertheilung des Kaufschillings angeordneten Tagsatzung nahm sowohl A als B die Priorität des Pfandrechtes in Anspruch; A, weil er das executive Pfandrecht bereits am 13. Juni 1855, also früher als B erwirkt habe, — B, indem er eine Verschiedenheit der in dem am 12. Juli 1855 aufgenommenen Pfändungsprotokolle angeführten Effecten von den im Pfändungsinventar vom 13. Juni 1855 angeführten behauptete. Die erste Instanz erkannte dem A die Pfandpriorität zu, weil A das executive Pfandrecht bereits am 13. Juni 1855, sonach weit früher als die übrigen im Pfändungsinventare vom 12. Juli 1855 vorkommenden Gläubiger des X erwirkt habe; ferner weil die letzteren eine Verschiedenheit der in dem am 12. Juli 1855 aufgenommenen Pfändungsprotokolle angeführten Effecten von jenen, welche in dem Pfändungsinventare vom 13. Juni 1855 erscheinen, nicht dargethan, ja nicht einmal zu erweisen angeboten haben, und diese Verschiedenheit mit Rücksicht auf den kurzen Zeitraum zwischen beiden Pfandrechtsprotokollen um so weniger angenommen werden könne, als der Execut X zur Zeit der am 13. Juni 1855 vorgenommenen Pfändung nicht mehr am Pfändungsort anwesend gewesen sei, und die Zahlungen eingestellt habe, woraus hervorgehe, daß X seit der ersten Pfändung keine anderen Effecten anschaffen konnte. Die zweite Instanz erkannte dem B die Priorität zu, weil in dem am 12. Juli 1855 aufgenommenen Pfändungsinventare von einem früheren Pfandrecht des A auf die darin verzeichneten Effecten durchaus keine Erwähnung geschehe, „die Vertheilung und Zuweisung des Licitationserlöses an die Gläubiger könne aber nur auf Grund dieses Pfändungsinventars erfolgen, indem nach §. 342 a. G. O. das Pfandrecht nur durch die wirkliche pfandweise Beschreibung der betreffenden Güter erlangt werde, und das für A am 13. Juni 1855 aufgenommene Pfändungsprotokoll für denselben umsoweniger ein Vorrecht begründen könne, als die Identität der gepfändeten Sachen aus den beiden Protokollen keineswegs hervorgehe, zumal nach der Schlußanmerkung in dem Pfändungsinventare vom 13. Juni 1855 A dem X den Verkauf der Waaren auf Rechnung der exequirten Forderung gegen Abfuhr des gehörig zu verrechnenden Erlöses gestattet habe. Es war daher nicht Sache des B, eine Verschiedenheit der in den beiden Pfändungsprotokollen angeführten Effecten darzuthun, weil nur das für ihn (B) aufgenommene Pfändungsprotokoll die Grundlage der weiteren Execution bildete und das Hofdecret vom 14. Juli 1845, Nr. 23538, §. 1, §. 3 (Wessely I, Nr. 1337), betreffend die Vorschrift über das bei Executionen beweglicher Sachen, auf welche dritte Personen Eigenthums- oder andere Rechte erworben zu haben behaupten, zu beobachtende Verfahren, ausdrücklich anordnet, daß diejenigen, welche sich in ihrem Besitze, Eigenthum oder anderen Rechten für gekränkt halten, ihre Rechte geltend zu

machen haben.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, „weil die executive Pfändung der sämmtlichen Effecten des X zu Handen des A bereits am 13. Juni 1855, die zu Handen des B aber erst am 12. Juli 1855, somit später vorgenommen wurde, mithin die von A erworbenen Pfandrechte jenen des B in der Rangordnung vorgehen, und dieses ihnen zustehende Vorrecht durch die in dem Pfändungsinventar vom 12. Juli 1855 unterbliebene Anmerkung der bereits am 13. Juni 1855 vorgenommenen Pfändung umsoweniger verlieren könne, als A an dieser Unterlassung keine Schuld trägt, sonach solche ihm nicht zum Nachtheil gereichen kann, übrigens es dem B unbenommen bleibt, seine allfälligen Ansprüche aus dem Umstande, daß in dem Pfändungsinventare vom 12. Juli 1855 Gegenstände vorkommen, die in dem Pfändungsinventare vom 13. Juni 1855 nicht enthalten sind, im gehörigen Wege geltend zu machen.“

Nr. 201.

Zulässigkeit der Einwendung der Simulation des Pachtvertrages in Ausziehstreitsachen.

Entsch. vom 11. Juni 1856, Nr. 4360 (Best. des Urtheils der Prätur Latisana v. 31. Dec. 1855, Nr. 6693, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 27. Februar 1856, Nr. 3941). Eco d. Trib. 1858, S. 15 ff.

Nr. 202.

Sprache, in welcher die Satzschriften zu überreichen sind.

Entsch. vom 11. Juni 1856, Nr. 5153 (Best. des Bescheides des B. G. Kaaden vom 8. Oct. 1855, Nr. 2840, Aufhebung der Verordnung des O. L. G. Prag v. 19. Februar 1856, Nr. 2891). G. Z. 1856, Nr. 96.

A und B brachten bei dem Bezirksgerichte in Kaaden eine in böhmischer Sprache verfaßte Klage ein. Das Gericht stellte die Klage mit dem Bedeuten zurück, daß der Kaadner Gerichtsbezirk zur Gänze deutsch, daher die dortige landesübliche Sprache die deutsche sei, weßwegen es den Klägern unter Hinweisung auf den §. 13 der a. G. O. bevorstehe, die Klage in deutscher Sprache einzubringen. Die Kläger recurrirten und führten aus, daß in Böhmen sowohl die deutsche als die böhmische Sprache landesübliche Sprachen seien, die Landessprache aber die Sprache des Gerichtes sei und dafür gelte. Die zweite Instanz hob den erst-

richterlichen Bescheid auf; der oberste Gerichtshof jedoch bestätigt denselben, „weil es notorisch ist, daß die deutsche Sprache im Gerichtsbezirke Raaden die allein landesübliche Sprache ist."

Nr. 203.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Legat einer Jahresrente mit dem Verbot der Veräußerung.

Entsch. vom 18. Juni 1856, Nr. 4836 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand vom 13. Nov. 1855, Nr. 16808 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 14. Februar 1856, Nr. 1204). Gaz. d. Trib. 1856, S. 614 ff.

M setzte für seine Tochter A unter anderem ein Legat einer Jahresrente von 720 L. aus, machte aber dabei folgenden Beisatz: „Ich verbiete ihr, diese Jahresrente an Dritte zu cediren, sie denselben anzuweisen oder sonst unter was immer für einer Form zu veräußern; auch rekläre ich, daß diese Rente durch Dritte nicht sequestrirt noch gepfändet werden darf, sondern ordne an, daß in dem Augenblick, in dem sie auf was immer für eine Art auf einen Dritten übertragen wird, dieses Legat null und nichtig, aller Wirkung bar sein und wie nie dagewesen angesehen werden soll." Der Klägerin A wird nun von der Concursmasse des Erben B die Bezahlung, resp. Liquidhaltung dieser Jahresrente aus dem Grunde verweigert, weil erwiesen sei, daß wiederholt einzelne Jahresraten der Rente von Gläubigern der A gepfändet oder ihnen executive eingeantwortet wurden. Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück. Ihre Entscheidungsgründe beschäftigen sich nur mit der Frage, ob die Resolutivbedingung nicht als eine unmögliche und daher als nicht beigesetzt anzusehen sei. Indem sie diese Frage verneint, glaubt sie die Abweisung des Klagebegehrens hinlänglich gerechtfertigt zu haben. Die beiden höheren Instanzen gaben jedoch dem Klagebegehren statt. Es heißt darüber in den vom obersten Gerichtshof adoptirten Entscheidungsgründen der zweiten Instanz:

„Daß der Vater für den Unterhalt seiner kränklichen Tochter durch Aussetzung einer Jahresrente neben ihrem Pflichttheile Vorsorge treffen wollte, und ihr daher verbot, die Rente abzutreten, und daß er das Legat auch für den Fall aufgehoben erklärte, wo auf diese Rente von Dritten gegriffen würde, ist durch das Testament außer Zweifel gesetzt. Nicht so deutlich ist dagegen zu erkennen, ob die Absicht des Erblassers so weit ging, daß nicht blos das Recht auf den künftigen Bezug der Renten in den angeordneten Raten unveräußerlich und allen Angriffen der Gläubiger entzogen sein sollte, sondern daß dies auch von dem Rechte auf die Erlangung der bereits fälligen Raten gelten sollte, welche eben

dadurch in das Vermögen der Legatarin übergegangen, ihr zur freien Verfügung stehen müssen? Eine Bestimmung, die verhindert, daß die Tochter zur Eingehung eines Glücksvertrages oder zu einer unvorsichtigen oder nachtheiligen Veräußerung des Legates einer Jahresrente verleitet werde, oder welche bewirkt, daß auf diese Jahresrente nicht dritte Personen greifen können, welche sich eine Bezahlung aus den künftig fällig werdenden, für die Tochter bestimmten Summen sichern wollen, — eine solche Bestimmung ist eben so vernünftig, als der väterlichen Besorgniß des Erblassers entsprechend. Mit den vernünftigen und wohlwollenden Intentionen des Erblassers ließe sich aber freilich weniger die Voraussetzung in Einklang bringen, daß er den Verlust dessen, was er seiner Tochter hinterläßt, auch dann schon eintreten lassen wollte, wenn sie das Recht auf den Bezug bereits fälliger Raten abtreten würde, oder gar selbst in dem Falle, wo ihre Gläubiger eine gerichtliche Zuweisung einzelner dieser bereits fälligen Raten erlangen .... Selbst bei der entgegengesetzten Annahme müßte man, da es sich um das Legat einer Jahresrente handelt, bezüglich dessen das Recht der Klägerin von der Bedingung abhängig ist, daß sie den Zeitpunkt, wo die Raten fällig werden, auch untersuchen, ob die Resolutivbedingung sich auf die künftigen, für einen ungewissen Fall ihr zustehenden Leistungen beziehe, oder ob sie auf diejenigen einzuschränken sei, auf deren Erlangung sie schon ein wirkliches Recht erworben hat ..... Das Oberlandesgericht war daher der Ansicht, daß die von den Gläubigern der erlangten Anweisungen auf die bereits fälligen Raten des erwähnten Legates einer Jahresrente das Legat selbst nicht aufgehoben haben und daß daher ihrer Liquidirungsklage stattzugeben ist."

Nr. 204.

Zulässigkeit des summarischen Verfahrens bei Beanstandung eines einzelnen Postens einer Rechnung, wenn es sich dabei um einen Betrag von weniger als 200 fl. C. M. handelt.

Entsch. v. 18. Juni 1856, Nr. 5706 (Best. des den Bescheid der Prätur Dolo vom 31. Oct. 1855, Nr. 3255, aufhebenden Decretes des O. L. G. Venedig v. 16. April 1856, Nr. 7407). Eco d. Trib. 1856, S. 332.

Der Verwalter eines Gutes legte dem Eigenthümer desselben außergerichtlich Rechnung über die geführte Verwaltung; dabei brachte er ein gewisses Quantum Getreide als durch Austrocknung verloren in Abschreibung. Der Eigenthümer bestritt die Richtigkeit dieser Angabe, forderte das abgängige Getreide und verlangte, indem er sich erbot, statt desselben 352 Lire anzunehmen, die Einleitung des summarischen Verfahrens. — Die erste Instanz wies den Kläger nach geführter Ver-

handlung, in welcher er sich zum Beweis durch Zeugen und Haupteid erboten hatte, auf das ordentliche Verfahren, indem sie geltend machte, es handle sich hier um die Bemänglung einer Rechnung, und es finde daher der Rechnungsproceß statt; auch komme der Gesammtbetrag dieser Rechnung, nicht der des einzelnen Ansatzes, in Betracht. Die zweite Instanz erklärte die Einleitung des summarischen Verfahrens für regelrecht. Diese Erledigung wurde in dritter Instanz bestätigt, „da der Grundbesitzer, welchem sein Verwalter die Rechnung gelegt hat, zwar auch ohne auf die im §. 156 ital. G. O. (§. 100 a. G. O.) bezeichnete Art aufgefordert zu sein, die in den §§. 158 ff. ital. G. O. (§. 102 ff. a. G. O.) vorgesehene Klage einbringen kann ...; jedenfalls aber auch berechtigt ist, das, was ihm gebührt, im Wege des summarischen Verfahrens zu fordern, wenn er dabei die im §. 1 des Gesetzes über das summarische Verfahren gezogenen Grenzen nicht überschreitet, und wenn er es auf sich nimmt, alle Thatsachen zu beweisen, aus welchen er sein Recht ableiten zu können meint."

Nr. 205.

Zulässigkeit der Beantwortung der Aufforderungsklage bei einem vorzunehmenden Baue.

Entsch. vom 1. Juli 1856, Nr. 5441 (Best. der gleichförmigen Bescheide der Prätur Soresina v. 22. März 1856, Nr. 2182, und des O. L. G. Mailand v. 30. April 1856, Nr. 5345). Gaz. d. Trib. 1856, S. 389. Giorn. d. Giur. pr. 1857, S. 439.

Eine Aufforderungsklage wegen eines vorzunehmenden Baues war dem Aufgeforderten in üblicher Weise zugestellt worden; gegen das Ende der ihm gestellten 30tägigen Frist überreichte er statt der aufgeforderten Klage eine Einrede wider die Aufforderungsklage, welche dem Gegner mit dem Auftrage zugestellt wurde, die Replik dagegen einzubringen. Wider diesen Bescheid recurrirte der letztere; allein auch beide höheren Instanzen hielten denselben aufrecht, und zwar — wie es in dem Decret des obersten Gerichtshofes heißt — „in der Erwägung, daß in Gemäßheit des Schlußsatzes des §. 69 ital. G. O. (§. 72 a. G. O.) nach Ueberreichung der Aufforderungsklage bei einem vorzunehmenden Baue, wie bei dem Aufforderungsprocesse zu verfahren ist, bei welchem nach §. 66 ital. G. O. (§. 70 a. G. O.) dem Aufgeforderten freisteht, eine Einrede zu überreichen, um zu beweisen, daß die Klage nicht geeignet sei, Grundlage des Verfahrens zu werden".

Nr. 206.

Besitzstörung durch eigenmächtige Verfügung des Verpächters über die verpachtete Sache nach Ablauf der Pachtzeit.

Entsch. v. 1. Juli 1856, Nr. 6259 (Best. der Entscheidungen des B. G. Leipnik v. 28. Februar 1856, Nr. 754, Abänd. der Entsch. des O. L. G. Brünn v. 7. Mai 1856, Nr. 2542). G. H. 1857, S. 98.

Eine durch viele Jahre stillschweigend fortgesetzte Pachtung einer Wiese war mündlich aufgekündigt worden. Dennoch hatte nach Ablauf der Pachtzeit der Pächter die Wiese mähen lassen, und eine deshalb eingeleitete Strafverhandlung wurde wegen Abgangs des subjectiven Thatbestandes eingestellt. Darauf ließ der Verpächter die Wiese mit Bäumen bepflanzen, was jedoch der Pächter benützte, um eine Besitzstötungsklage einzubringen. In erster Instanz ward dem Klagebegehren stattgegeben und dem Geklagten die Wegräumung der Bäume aufgetragen. Das Oberlandesgericht wies den Kläger ab, weil Geklagter als Eigenthümer der Wiese immer betrachtet, auch im Besitz geschützt worden, das Benutzungsrecht des Klägers aber durch Auflösung des Pachtverhältnisses erloschen sei, und die später erfolgte Abmähung der Wiese höchstens einen unechten Besitz begründen könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen:

„Es handelt sich im Besitzstörungsstreite nicht darum, ob Geklagter Eigenthümer der Wiese sei, oder ob dieselbe zu dem Gärtlergrunde des Klägers gehöre, sondern nur um den letzten factischen Besitz und um das Factum der Besitzstörung. Nun war aber selbst nach Angabe des Geklagten die Wiese schon seit dem Jahre 1821 im Nutzgenusse des Klägers und seiner Besitzvorfahren, und die Zeugen bestätigen, daß er noch im Sommer des Jahres 1854, so wie in den vorausgehenden Jahren, dort Gras mähte und für sich fortschaffte. Da nach der Natur der Sache vom Herbste 1854 angefangen bis Anfangs März 1855 ein weiterer Besitzact nicht ausgeübt werden konnte, und da nach dem Zugeständnisse des Geklagten die Wiese Anfangs Mai 1855 von ihm mit Waldbäumen bepflanzt wurde, so muß angenommen werden, daß der Kläger sich bis dahin im Besitze und Genusse der Wiese befand, und die Störung des Besitzes eben durch Aussetzung der Waldpflanzen geschah. Die vom Geklagten gemachte Einwendung, daß er Eigenthümer, der Kläger und dessen Besitzvorfahren aber nur Pächter der streitigen Wiese seien, ist hier nicht zu berücksichtigen; denn selbst in dem Falle, wenn dies vollständig erwiesen wäre, war Geklagter nicht berechtigt, die Wiese gegen den Willen des bisherigen Nutznießers, der aus dem Pachtverhältnisse auch einen Rechtstitel für sich hatte, ohneweiters einzuziehen, und sich mit Beseitigung des Gerichts gegen den Pächter der Selbsthilfe zu

bedienen, wenn dieser nicht freiwillig den bis 1854 bezogenen Nutzgenuß auflassen und seine Pachtansprüche aufgeben wollte. Der gesetzliche Weg, um die Rechte des Gutsbesitzers geltend zu machen, war jener durch das Gericht, der ungesetzliche war die Selbsthilfe durch Anpflanzung von Bäumen, was allerdings eine Besitzstörung ist. Die Frage, ob das Nutzungs- oder Pachtrecht des Klägers bereits erloschen, und ob er oder der Geklagte Eigenthümer der Wiese sei, muß im abgesonderten Wege ausgetragen werden."

Nr. 207.

Geburt von Kindern nach der Errichtung eines Testamentes, in welchem die schon vorhandenen Kinder auf den Pflichttheil eingeschränkt sind.

Entsch. v. 8. Juli 1856, Nr. 4182 (Best. des Urtheils der Prätur Pizzighettone v. 31. Oct. 1855, Nr. 4757, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 19. Jänner 1856, Nr. 13623). Gaz. d. Trib. 1856, S. 529 ff.

M errichtete im Jahre 1821 ein Testament, in welchem er seine zwei Söhne A und B auf den Pflichttheil einschränkte, und seinen Bruder E, unter Anordnung einer gemeinen Substitution, zum Erben einsetzte. Später wurden ihm noch zwei Söhne C und D geboren. Als er nun (1849) starb, ohne jenes Testament aufgehoben zu haben, brachten die vier Söhne wider E eine Klage ein, in welcher sie begehrten, daß das Testament für entkräftet erklärt werde. Die erste Instanz gab dem Begehren statt; die zweite wies es zurück, indem es auch den später gebornen Kindern nur den Pflichttheil zuerkannte. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz.

Gründe der zweiten Instanz: „Das Gesetz stellt zwar den Grundsatz auf, daß der in gesetzlicher Form an den Tag gelegte Wille des Erblassers unverbrüchlich festgehalten werden müsse; dennoch hat es für einzelne Fälle angeordnet, daß eine solche Erklärung wirkungslos bleiben solle. In solchen Fällen aber geschah dieses in der Absicht, den wahren Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, insofern nämlich aus nachfolgenden Umständen geschlossen werden muß, daß die im Testamente ausgesprochenen Absichten des Erblassers sich geändert hätten. Solche gesetzliche Bestimmungen sind jedoch nur ausnahmsweise hingestellt und können daher nur für diejenigen Fälle gelten, auf die sie sich ausdrücklich beziehen, oder welche mit jenen vollkommen identisch sind. Ein solcher Fall ist der im §. 778 a. b. G. B. enthaltene. Der Gesetzgeber wollte nicht voraussetzen, daß ein Vater contra pietatis officia seine Nachkommenschaft zum Vortheile Fremder gänzlich von

seinem Nachlasse ausschließen wollte; er nimmt daher an, daß Derjenige, welcher zu einer Zeit, wo er keine Kinder hatte, oder nicht wußte, daß er solche habe, ein Testament errichtete, selbst nicht gewollt habe, daß dieses Testament zum Nachtheile der Notherben aufrecht erhalten werde. Er verordnet deshalb im §. 778 a. b. G. B., daß, abgesehen von einigen privilegirten Legaten, welche aus einem beschränkten Theile des Nachlasses zu entrichten sind, das ganze übrige Testament wirkungslos bleiben solle. Allein nicht nur kann dieser Fall nicht als mit gegenwärtigem identisch betrachtet werden, sondern es besteht zwischen den beiden Fällen nicht einmal eine solche Analogie, welche gestatten würde, sie auf gleiche Weise zu behandeln und den einen derselben Rechtsregel zu unterwerfen, welcher der andere unterworfen ist. Denn der §. 778 a. b. G. B. spricht von einem Testator, welcher keine Kinder hatte, oder nicht wußte, daß er solche habe, während im vorliegenden Falle der Erblasser zur Zeit, wo er das Testament errichtete, zwei Kinder hatte, und dieses auch wußte, da er ihnen in seinem Testamente den Pflichttheil zuwies. Der §. 778 a. b. G. B. macht sich ferner zum Organe der muthmaßlichen Absichten des Erblassers zu Gunsten seiner Nachkommenschaft, der Absichten, die er nur nicht ausgesprochen hat, und nicht aussprechen konnte, weil diese Nachkommenschaft zu dieser Zeit nicht existirte oder ihre Existenz ihm doch unbekannt war. M dagegen konnte nicht blos die Absichten, die er in Bezug auf seine Nachkommenschaft hegte, aussprechen, sondern er hat dieses wirklich gethan. Wendet man den §. 778 a. b. G. B. auf den Fall an, auf welchen er berechnet ist, so wird über einen Punkt, über welchen sich der Vater nicht ausgesprochen hat, nach seinem muthmaßlichen Willen verfügt. Würde man dagegen den §. 778 a. b. G. B. auf den vorliegenden Fall anwenden, so geschähe dieses weder in Bezug auf einen Punkt, über welchen der Erblasser geschwiegen hat, da er vielmehr seinen Willen an den Tag legte, noch würde man seinen Intentionen entsprechen: man würde sich vielmehr ihnen entziehen und ihnen entgegenhandeln. Wenn M, da er doch bereits Kinder hatte, nicht blos den frei verfügbaren Theil seines Vermögens seinem Bruder ohne Einschränkung hinterließ, sondern auch noch Substitutionen derart anordnete, daß in keinem Falle jener Theil seines Nachlasses an seine eigenen Descendenten hätte zurückfallen können, so konnte er doch wohl auf keine bestimmtere und entschiedenere Weise seinen Willen an den Tag legen, daß seine eigene Nachkommenschaft nie mehr als den Pflichttheil erhalten, und daß auf seinen Bruder und dessen Substituten unter allen Umständen das frei verfügbare Vermögen übergehen sollte, das er, sei es auf Grund einer geheimen Verpflichtung oder mit Rücksicht auf die Bande des Blutes und der Verwandtschaft, die ihn an jenen knüpften, ihm hinterließ. Die Geburt zweier anderer Kinder außer jenen, welche im Testamente erwähnt sind, genügt für sich allein nicht, um annehmen zu lassen, daß dieses Ereigniß den so fest ausgesprochenen Willen, dem Bruder oder dessen Substituten die Hälfte des Nachlasses zuzuweisen, seiner eigenen

Nachkommenschaft aber nur den Pflichttheil zu hinterlassen, geändert habe, vielmehr gab M deutlich genug zu erkennen, daß er an seiner ursprünglichen Absicht festhalte, da er ja die Geburt jener Kinder um so viele Jahre überlebte, und in dieser ganzen Zeit nicht daran dachte, eine Anordnung zu treffen, welche sein Testament auch nur theilweise modificirt hätte. Dasselbe blieb also ein so unzweifelhafter Ausdruck seines festen unveränderten Willens, als wenn er es kurze Zeit vor seinem Tode errichtet hätte. Da nun unter dieser Voraussetzung die später geborenen Kinder keine anderen Ansprüche außer dem im §. 776 a. b. G. B. gegründeten — auf den Pflichttheil — erheben können, durfte auch der Richter seinem Urtheile keine andere Rechtsnorm zu Grunde legen, da zwischen dem vorliegenden und dem im §. 776 a. b. G. B. vorgesehenen Falle die vollste Analogie besteht."

Gründe der dritten Instanz: „Die Lage, in welcher sich C und D dem Testamente ihres Vaters gegenüber befinden, ist nicht diejenige, welche im §. 776 a. b. G. B. vorausgesetzt wird; denn das Gesetz betrachtet Kinder, welche nach der Errichtung der letztwilligen Erklärung geboren wurden, nicht als mit Stillschweigen übergangen. Ihr Recht kann also nicht auf den Pflichttheil eingeschränkt werden, kraft eines Gesetzes, das auf sie nicht berechnet ist, und das nicht zum Nachtheile von Kindern, die vollkommen würdig sind, den Nachlaß ihres Vaters zu empfangen, eine ausdehnende Interpretation erfahren kann. Daraus, daß der am 14. Mai 1849 verstorbene Erblasser nur das im Jahre 1821 errichtete Testament hinterließ, folgt nach den Gesetzen des Denkens und der juristischen Auslegung keineswegs, wie der Geklagte behauptet, daß man annehmen müsse, er habe an seinem ursprünglichen Willen festgehalten, weil er nicht daran dachte, jenes Testament in den 28 Jahren, welche seiner Errichtung folgten, abzuändern oder zu vernichten, obgleich ihm seitdem aus einer zweiten Ehe noch zwei Kinder geboren wurden. Denn das a. b. G. B. hat dieses keineswegs ausdrücklich erklärt, und wenn gleich nach dem im §. 536 a. b. G. B. aufgestellten Grundsatze das Erbrecht erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, so folgt daraus noch nicht, daß das, was über den Zeitpunkt des Erbanfalles bestimmt ist, auch für die Beurtheilung des Titels des Erbrechtes mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Personen und Sachen, auf Form, Inhalt und Wirkung der letztwilligen Erklärung gelte. Ebensowenig kann aber der hier geführte Streit durch §. 777 a. b. G. B. entschieden werden, denn dort ist einzig und allein davon die Rede, daß ein bereits geborenes Kind im Testamente mit Stillschweigen übergangen wird, nicht aber davon, daß Kinder wie C und D erst später geboren werden. Von einer analogen Anwendung kann aber deshalb keine Rede sein, weil die Verhältnisse und Ausdrücke offenbar ganz unbedingt verschieden sind. Außerdem aber ist das Uebergehen eines oder mehrerer Kinder des Erblassers nur mehr im §. 778 a. b. G. B. behandelt. Es sind daher die Bestimmungen dieses Paragraphes mit Rücksicht auf die

erfolgte Ausschließung der vorhergehenden §§. 776, 777 a. b. G. B. für den streitigen Fall maßgebend; denn dieser ist gerade derjenige, welchen der Gesetzgeber vor Augen hatte, da er ja eben von den Wirkungen eines Testamentes sprach, in welchem für einen nachgeborenen Notherben keine Vorsorge getroffen ist. Wenn nun gleich dieser §. 778 a. b. G. B. von einem kinderlosen Erblasser spricht, während im vorliegenden Falle M bei der Errichtung jenes Testamentes bereits zwei Kinder hatte, so ist doch klar, daß die Kinderlosigkeit nicht eine wesentliche Bedingung der angeordneten Entkräftung des Testamentes sein sollte, sondern daß nur eine Eigenschaft oder ein Thatumstand vom Gesetzgeber als wahrscheinlich vorausgesetzt und insbesondere erwähnt wurde. Wenn nun auch der Gesetzgeber den ganz speciellen Fall, wie er hier vorliegt, nicht ausdrücklich geregelt hat, so muß für diesen Fall, wo nämlich ein Testator zwar Kinder hatte, aber für andere nachgeborene Kinder keine Vorsorge traf, mit Rücksicht auf den gleichen Grund des Gesetzes dieselbe Entscheidung erfolgen. In beiden Fällen nämlich handelt es sich um einen Vater, welcher keine Fürsorge für eine Nachkommenschaft getroffen hat, die erst nach der Errichtung des Testamentes entstanden ist, welche er also nicht vor Augen haben konnte, und deren Schicksal er daher auch nicht mit Rücksicht auf das vorhandene Vermögen bestimmen konnte, mit einem Worte: bezüglich derer es an jedem Anhaltspunkte bei Ausübung der ihm ertheilten Gewalt, noch über das Grab hinaus zu belohnen und zu bestrafen, fehlen mußte."

Nr. 208.

Beweislast bei der actio negatoria.

Entsch. vom 8. Juli 1856, Nr. 5140 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia v. 13. Dec. 1855, Nr. 11543, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand vom 1. März 1856, Nr. 2662). Gaz. d. Trib. 1856, S. 541 ff.

Die beiden höheren Instanzen wiesen eine in erster Instanz zugelassene actio negatoria in einem Falle ab, wo die Besitzer des herrschenden Grundes im Besitz der Servitut des Wasserzuflusses vom dienenden Grunde zu sein behaupteten, jedoch sich nur darauf berufen konnten, daß sie wiederholt den auf dem letzteren befindlichen Canal zur Erleichterung des Wasserabflusses gereinigt hätten.

Gründe der dritten Instanz: „Der Kläger gibt selbst an, daß er die actio negatoria bezüglich jener Servitut anstelle, welche die Geklagten rücksichtlich des auf seinem Grunde befindlichen Wassers in dem Sinne in Anspruch nehmen, daß er verpflichtet sei, dasselbe, nachdem

er davon Gebrauch zu Gunsten seines Grundstückes gemacht, zum Vortheile und zum Gebrauch des den Geklagten gehörigen tiefer liegenden Grundstückes dahin abfließen zu lassen. Die Geklagten ihrerseits können sich zwar nicht auf Vorkehrungen und Anstalten berufen, welche sie auf dem Grunde des Klägers getroffen haben; allein im Sinne der §§. 313 und 1459 a. b. B. G. ist dieses nicht die einzige Art, den Besitz eines Rechtes zu beweisen. Auch haben die Geklagten in der That bewiesen, daß sie sich im Besitz des Rechtes des Wasserabflusses zu Gunsten jenes erwähnten Grundstückes befinden, nicht sowohl darum, weil ihnen und ihren Vorgängern derselbe seit undenklichen Zeiten zu statten gekommen ist, sondern weil sie in einigen der auf dem Grunde des Klägers befindlichen Gräben Arbeiten zu dem Zwecke vornehmen ließen, den Ablauf des Gewässers auf ihren Grund .... zu erleichtern, und weil jedesmal, wo der Kläger oder seine Vormänner sie daran zu hindern oder den Abfluß des Gewässers auch nur zu beschränken versuchten, sie gezwungen wurden, den Besitz der Geklagten zu schonen ... Bei diesem Stande der Dinge oblag es offenbar dem Kläger nach §. 523 a. b. G. B., die auf Seite der Geklagten stattfindende Anmaßung zu beweisen, d. h. wie die Commentatoren des römischen Rechtes sagen: Tenetur probare dominium cum sua libertate. (Pecchius de servit. cap. I. quest. 10 Nr. 2 und Andere.) Der Kläger hat nun zwar bewiesen, daß er Eigenthümer des erwähnten Grundes sei, und es besteht daher zu seinen Gunsten die Vermuthung der Freiheit von jeder Last im Sinne des §. 324 a. b. G. B. Allein diese Vermuthung wird in vorliegendem Falle geschwächt und aufgehoben durch den Besitz, in welchem die Geklagten sich befinden, da dieser Besitz im Sinne des §. 323 a. b. G. B. seinerseits die Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat, so daß die Geklagten gar nicht einmal aufgefordert, geschweige denn verhalten werden können, ihn darzuthun. Wenn daher die beiden erwähnten Präsumtionen sich gegenseitig zerstören, so bleibt nichts übrig, als die Thatsache des langjährigen ruhigen Besitzes auf Seite der Geklagten, welche daher auch ein Recht haben, darin erhalten zu werden, weil der Kläger die erfolgte Anmaßung nicht bewiesen hat."

Nr. 209.

Eintritt einer Voraussetzung des Klagerechts nach Anstellung der Klage.

Entsch. v. 8. Juli 1856, Nr. 5767 (Best. des das Urtheil des L. G. Bergamo v. 16. Nov. 1855, Nr. 6867, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 23. Febr. 1856, Nr. 2028). Gaz. d. Trib. 1857, S. 382 ff.

A hatte dem B eine Realität verkauft und ist mit ihm darüber übereingekommen, daß er statt einen Kaufschilling zu zahlen, eine für C auf der Realität haftende Hypothekarschuld gegen Nachweis der Thatsache, daß diese die einzige auf dem Grundstück haftende Hypothekarlast sei, bezahle. Nach einiger Zeit klagte A und bat zu erkennen: B sei schuldig, dem C 1650 Lire zu zahlen, widrigens dieser berechtigt sei, den Betrag durch Execution einzubringen. B wendete ein, daß auf jener Realität außer der Forderung des C noch andere Hypothekarlasten haften; in der Replik ward indeß dargethan, daß diese Lasten, welche schon beim Abschluß des Vertrages indebite hafteten, nach der Ueberreichung der Klage gelöscht worden seien. — Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, weil zur Zeit der Anstellung der Klage die Bedingung noch nicht erfüllt gewesen sei, von welcher die Zahlungspflicht des Geklagten abhing; übrigens ward dem A das Recht zur Einbringung einer neuen Klage vorbehalten.

Die zweite Instanz verurtheilte den Geklagten zur Zahlung des Capitals und 4 Percent Verzugszinsen seit dem Tage, an dem die Löschung der Hypothekarlasten nachgewiesen wurde. Es heißt in den Entscheidungsgründen: „Der Proceß dreht sich lediglich um die Frage, ob dem Kläger die begehrte Summe, wenn er gleich zur Zeit der Klageanbringung darauf noch keinen Anspruch hatte, mit Rücksicht auf nachgefolgte, aber doch vor der Fällung des erstrichterlichen Erkenntnisses vorgefallene Thatsachen, zugesprochen werden könne. Die erste Instanz hat sich offenbar an das bekannte Princip gehalten, wovon es in der L. 23 D. de judiciis heißt: Non potest videri venisse in judicium id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est. — ... Es scheint aber dem Oberlandesgericht nicht, daß diese Regel im vorliegenden Falle Anwendung finden könne, und zwar aus folgenden Gründen: Die erste Pflicht des Richters ist, Jedem das zuzuweisen, was ihm nach Recht und Billigkeit gebührt; keinesfalls darf er juristischen Spitzfindigkeiten zuliebe die Processe zum Schaden beider Parteien vervielfältigen. Im vorliegenden Falle ... wäre es nun, nach dem Stande der Streitsache zur Zeit der Fällung des erstrichterlichen Erkenntnisses, widersinnig, den Kläger zu zwingen, ein bereits bei Gericht angebrachtes Begehren noch einmal anzubringen, und durch neue Proceßacte und mit neuen Kosten sein Recht zu suchen, während aus den dem Richter bereits vorliegenden Acten schon hervorgeht, daß es ihm gebühre; der §. 7 ital. G. O. (§. 8 a. G. O.)

und §. 8 ital. G. O. (§. 8 westgal. G. O., vergl. §§. 21 und 49 a. G. O.), welche von den Formen handeln, an welche die Klage gebunden ist, verbieten allerdings die Aenderung des Begehrens, allein dieses Verbot bezieht sich nicht auch auf die nachträgliche Beibringung eines Beweises; auch schweigt das Gesetz von der Ergänzung des Titels des Begehrens (se completato venisse il titolo del petito) nach Anstellung der Klage.... Gesetzt, es wäre eine wohlbegründete Klage auf Zahlung einer schuldigen Geldsumme eingebracht und der Schuldner wiese im Laufe des Processes nach, daß er gezahlt habe, wenn auch erst nach Anstellung der Klage: so könnte, wenn der Kläger noch immer auf dem Begehren verharrte, jenen zur Zahlung zu verurtheilen, diesem Begehren gewiß nicht stattgegeben werden. Ebenso verhält es sich aber auch mit dem Gläubiger, welcher eine noch nicht fällige Forderung einklagt, wenn nur die Fälligkeit eintritt, ehe das Verfahren geschlossen ist. Selbst im römischen Rechte finden sich von der früher angeführten Norm abweichende Entscheidungen. So heißt es in der L. 16 pr. D. de H. P. (5, 3): Quod si in diem sit debitor, vel sub conditione, a quo petita est haereditas, non debere eum damnari; rei plane judicatae tempus spectandum esse; secundum Octaveni sententiam, ut apud Pomponium scriptum est, an dies venerit. Quot et in stipulatione conditionali erit dicendum und L. 9 §. 5 D. de pign. act. (13, 7): Qui ante solutionem egit pignoraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam, et quod sua interest, consequi. Die Klage leitet den Proceß nur ein; allein erst wenn er geschlossen ist, läßt sich nach §. 315 ital. G. O. (§. 248 a. G. O.) der Gegenstand des Streites auf eine genaue und deutlich bestimmte Art feststellen und demgemäß darüber urtheilen. Im gegenwärtigen Urtheil also hatte der Richter darüber zu erkennen, ob der Geklagte das schuldig sei, was Kläger von ihm fordert." Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen: „Wenn auch zur Zeit der Einbringung der Klage die Freiheit der Realität von Hypothekarhaftungen nicht hinlänglich dargethan war, so mußte doch beim Geklagten jeder Zweifel schwinden, als ihm im Laufe des Processes ... das neue Hypotekarcertificat mitgetheilt wurde. Durch diese Mittheilung entledigte sich der Kläger der Beweislast bezüglich der in der Klage behaupteten Thatsache, und der Geklagte war von diesem Augenblicke an in mora. Mit Recht hat ihn daher die zweite Instanz, diesen Zeitpunkt und nicht den der Klageanbringung berücksichtigend, zur Zahlung des seit langen Jahren unverzinst in seinen Händen gebliebenen Kaufpreises verurtheilt, sowie zur Zahlung der Verzugszinsen von dem Tage der erfolgten Mittheilung des Hypothekarcertificates, von welchem Tage an seine Weigerung zu zahlen, eine schuldhafte, ja sogar unredliche war (non solo colposa ma altres inonesta)."

Nr. 210.

Civilrechtliche Wirkungen einer zum Zweck der Abtragung einer Schuld erfolgten Girirung eines Wechsels.

Entsch. v. 16. Juli 1856, Nr. 1511 (Best. des das Urtheil des H. G. Venedig v. 10. August 1855, Nr. 8695, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 8. Nov. 1855, Nr. 19230). Eco d. Trib. 1857, S. 80 ff.

Nr. 211.

Beweiskraft einer vor der Einführung der siebenbürgischen Civil-Proceßordnung errichteten Schuldverschreibung.

Entsch. vom 29. Juli 1856, Nr. 6516 (Abänd. der gleichförmigen Urtheile des B. G. Sarkany v. 3. Sept. 1855, Nr. 764, und des O. L. G. Hermannstadt v. 16. Oct. 1855, Nr. 7599). Zeitschr. f. Gesetzk. Jahrg. II. Nr. 14.

Nr. 212.

Kosten einer im Concurswege erfolgten Veräußerung von Gegenständen, welche schon vor der Concurseröffnung wechselrechtlich gepfändet waren.

Entsch. v. 30. Juli 1856, Nr. 7269 (Abänd. des Bescheides des H. G. Mailand v. 23. Mai 1856, Nr. 6332, und der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 13. Juni 1856, Nr. 7142). Gaz. d. Trib. 1857, S. 21, 22.

Nr. 213.

Unanwendbarkeit des §. 1500 a. b. G. B. bei offenbaren Servituten.

Entsch. vom 5. August 1856, Nr. 5004 (Best. des Urtheils des B. G. Neuhofen vom 30. August 1855, Nr. 300, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien v. 23. Juni 1856, Nr. 17346). G. Z. 1856, Nr. 136.

Die Eheleute A klagten als intabulirte Besitzer des Hauses Nr. 57 gegen den B als Besitzer des Hauses Nr. 58 auf Räumung des unter

A's Hause befindlichen Kellers und Unterlassung der weiteren Benützung desselben. Sie stützten ihren Anspruch darauf, daß der Keller, als unter ihrem Hause befindlich, ein Zugehör desselben sei, und daß das von ihnen erkaufte Haus Nr. 57 im Grundbuche mit keiner Dienstbarkeit belastet erscheine. B berief sich in der Einrede auf die 30jährige Ersitzung des Kellers, welche durch Zeugen bewiesen wurde. Der vorgenommene Augenschein ergab, „daß der fragliche Keller mit dem Hause des Geklagten dadurch in einer fortdauernden Verbindung stehe, daß zu diesem Keller aus der Gaststube des Hauses Nr. 58 eine Stiege und ein gemauerter Gang mit einer Stiege führe." Die erste Instanz entschied zu Gunsten des Geklagten, die zweite Instanz zu Gunsten der Kläger. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Die von den abgehörten Zeugen erhärtete Thatsache allein, daß der unter dem Hause Nr. 57 befindliche Keller seit mehr als 30 Jahren von den Besitzern des Hauses Nr. 58 benützt worden ist und eine auf diese Thatsache sich gründende Ersitzung könnte zwar dem Anspruche der Kläger auf den Keller, da sie das Haus Nr. 57 durch Kauf an sich gebracht haben und durch einen solchen Act in der Regel auch das Eigenthum der correspondirenden Unterfläche erworben wird, nach §. 1500 a. b. G. B. nicht mit Wirkung entgegengesetzt werden, weil eine darauf bezügliche Vormerkung im Grundbuche nicht enthalten ist; allein hier waltet ein anderes Verhältniß ob. Der Geklagte hat nämlich nicht blos die erwähnte Thatsache, sondern weiters auch noch durch Sachverständige erwiesen, daß der zum Hause Nr. 58 benützte Keller mit diesem Hause seit Langem durch einen eigenen Gang sammt Stiege in Verbindung gesetzt worden ist und noch in Verbindung steht. Da diese Verbindung des Hauses Nr. 58 mit dem Keller durch einen eigenen Gang und eine Stiege für Jedermann, also auch für die Kläger deutlich und klar ersichtlich war, und sie daher dasselbe gesehen haben, oder doch bei Anwendung auch nur einer gewöhnlichen Aufmerksamkeit leicht hätten sehen können, und da sie ungeachtet dessen das Haus Nr. 57 erkauft haben, so können sie nicht behaupten, daß sie das Haus nur im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht haben, und daß sie durch letztere über die in Ansehung des Kellers bestandenen und noch bestehenden Verhältnisse getäuscht worden seien, daher ihrem Anspruche der §. 1500 a. b. G. B. nicht zur Stütze dienen kann, sondern derselbe muß vielmehr als unstatthaft erscheinen, da für den Geklagten der echte und redliche Besitz des Kellers spricht."

Nr. 214.

Zulässigkeit der Executivklage auf Grund eines im Verfahren außer Streitsachen aufgenommenen Protokolles.

Entsch. vom 6. August 1856, Nr. 7629 (Best. des Bescheides des L. G. Mailand v. 7. April 1856, Nr. 6104, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Mailand v. 30. Mai 1856, Nr. 6627). G. Z. 1857, Nr. 57.

A stellte gegen B auf Grund eines mit diesem im Wege des adeligen Richteramtes aufgenommenen Protokolls eine Executivklage an, und begehrte auf Grund des Hofdecretes vom 25. Mai 1839 (Hofdecret vom 4. Juli 1839 für Italien, Wessely I, Nr. 1202) die Anordnung einer Tagsatzung. Die erste Instanz ordnete diesem Begehren gemäß eine Tagsatzung an; die zweite Instanz hob diesen Bescheid auf, und ordnete die Tagsatzung gemäß §. 16 a. G. O. (§§. 20, 25 ital. G. O.) an. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, „weil gerichtliche Protokolle und Decrete öffentliche Urkunden sind, somit volle Beweiskraft haben".

Nr. 215.

Verjährung der Entschädigungsklage auf Grund des §. 1316 a. b. G. B.

Entsch. vom 13. August 1856, Nr. 7699 (Best. des Urtheils des L. G. Brünn vom 1. März 1856, Nr. 684, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Brünn v. 23. Mai 1856, Nr. 2539). G. Z. 1856, Nr. 147.

A klagte den Frächter B auf Schadenersatz auf Grundlage des §. 1316 a. b. G. B. wegen eines nach Inhalt eines rechtskräftigen strafgerichtlichen Urtheils von den Dienstleuten des B an den zur Beförderung übernommenen Waaren des A begangenen Diebstahls. B wendete die Verjährung auf Grund des §. 967 a. b. G. B. ein. Die erste Instanz hielt diese Einwendung für unzulässig; die zweite Instanz für zulässig. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Die von dem Geklagten auf Grundlage des §. 967 a. b. G. B. entgegengesetzte Verjährung von 30 Tagen findet hier keine Anwendung; denn der §. 967 a. b. G. B. spricht nur von dem Schaden, welchen der Hinterleger dem Verwahrer zu ersetzen hat, und verordnet in dieser Beziehung, daß die wechselseitigen Forderungen binnen 30 Tagen von der Zeit der Zurückstellung anzubringen sind. Hier handelt es sich aber umgekehrt um den Schaden, welchen der einem Verwahrer im §. 979 a. b. G. B. gleichgestellte Frächter dem Hinterleger

wegen einer gestohlenen, also nicht zurückgestellten Sache zu leisten hat, wo also von einem Anfange der Verjährung von der Zeit der Zurückstellung keine Rede sein kann. Der §. 979 a. b. G. B. bezieht sich vielmehr ausdrücklich auf den in dem 30. Hauptstücke von dem Rechte des Schadenersatzes enthaltenen §. 1316, verweiset daher die Haftung des Frächters auf die Grundsätze über den Schadenersatz. Zu diesen gehört auch der §. 1489 a. b. G. B., gemäß welchem, abgesehen davon, daß im gegenwärtigen Falle der Schade aus einem Verbrechen entstanden ist, eine Entschädigungsklage erst nach 3 Jahren von der Zeit an erlischt, zu welcher der Schade dem Beschädigten bekannt wurde."

Nr. 216.

Unzulässigkeit der Ersetzung eines Zeugenverhörs durch das Protokoll über die Aussage desselben Zeugen in einem anderen Processe.

Entsch. v. 19. August 1856, Nr. 8149 (Best. der den Bescheid des L. G. Mailand v. 9. Mai 1856, Nr. 252 abändernden Verordnung des O. L. G. Mailand v. 27. Juni 1856, Nr. 7739). Gaz. d. Trib. 1856, S. 513 ff.

Zu Gunsten der A, welche die Giltigkeit eines zum Vortheil des B lautenden Testamentes anfocht, war auf den Zeugenbeweis erkannt worden. Es konnte indeß von dem hiezu requirirten Gericht nur einer der drei in dem Beiurtheil namhaft gemachten Zeugen vernommen werden, weil die beiden anderen gestorben waren. Nunmehr brachte die A ein Gesuch ein, in welchem sie verlangte, es solle die Aussage, welche einer der beiden Verstorbenen in einem Processe abgelegt hatte, den früher ein Anderer über die Giltigkeit jenes Testamentes mit B geführt hatte, im gegenwärtigen Processe so behandelt werden, als wäre sie in demselben abgelegt. — Diesem Ansuchen wurde jedoch nur in erster Instanz stattgegeben; die beiden höheren Gerichte wiesen es aus folgenden vom Oberlandesgerichte ausgesprochenen, und vom obersten Gerichtshofe adoptirten Gründen zurück: „Wie aus §. 12 ital. G. O. (§. 12 a. G. O.) hervorgeht, muß sowohl was die Verhandlung, als auch die Beweise betrifft, jede Rechtssache ihre volle Selbstständigkeit anderen Processen gegenüber bewahren. Namentlich würde, wenn die in einem früheren Processe abgelegten Zeugenaussagen in einem späteren berücksichtigt werden, dem Gegner das Recht entzogen sein, besondere Fragestücke zu stellen. Dieser Erwägung muß im vorliegenden Falle Rechnung getragen werden, wo es sich darum handelt, in einem durch das Interlocut bereits abgeschlossenen Processe eine zum ewigen Gedächtnisse in einer anderen Rechtssache aufgenommene Zeugenaussage zur Geltung zu bringen, während

doch nicht in beiden Processen dieselben Parteien erscheinen, obgleich allerdings angenommen werden kann, daß es sich um denselben Streitgegenstand handle. Es geht auch nicht an, sich auf die Analogie des §. 211 ital. G. O. (§. 221 westgal. G. O.) zu berufen, weil nach §. 560 ital. G. O. (§. 575 westgal. G. O., vergl. §. 437 a. G. O.) zwar eine Bestimmung der Civilproceßordnung auch auf einen andern, nicht ausdrücklich vorgesehenen Fall angewendet werden kann, es aber nicht gestattet ist, in einem im Gesetze vorgesehenen Falle ein dem Letzteren unbekanntes Mittel der Abhilfe zu erfinden, was allerdings geschehen würde, wenn man im vorliegenden Falle die von einem verstorbenen Zeugen in einer anderen Rechtssache abgelegte Aussage benützte, statt dem Gesetze gemäß einen anderen Zeugen ihm zu substituiren."

Nr. 217.

Zulässigkeit der Auftragung des Haupteides über dem Delaten unbekannte Thatsachen.

Entsch. vom 26. August 1856, Nr. 8033 (Best. des Urtheils des L. G. Klagenfurt v. 13. Mai 1856, Nr. 2351, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Graz v. 30. Juni 1856, Nr. 4410). G. Z. 1855, Nr. 137.

A klagte den B als Erben nach M auf Zahlung einer Forderung, und trug ihm den referiblen Haupteid über ein von M geleistetes Versprechen auf. Die erste Instanz hielt diese Eidesauftragung für zulässig, die zweite Instanz für unzulässig; der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Der §. 203 a. G. O. räumt im Allgemeinen jeder Partei, welche die Sache zu vergleichen berechtigt wäre, die Befugniß ein, dem Gegner den Haupteid über jene Umstände, welche dieser widersprochen hat, aufzutragen, und zwar (nach §. 207 ebendaselbst) dem Gegner, der im eigenen Namen Proceß führt, nicht nur über eigene, sondern auch über fremde Handlungen. Unverkennbar gewährt das Gesetz dem einen Thatumstand behauptenden Streittheil Schutz gegen den vom Gegner muthwillig und gegen sein besseres Wissen vorgebrachten Widerspruch, und zwar zufolge Hofdecretes vom 26. April 1842, Nr. 610 J. G. S. (Wessely I, Nr. 742) und nach §. 26 des Ges. über das summ. Verfahren nach dem Ermessen des Richters selbst dann, wenn der den Thatumstand behauptende Streittheil denselben aus eigenem Wissen nicht zu beschwören vermöchte, ihm daher der Haupteid nicht zurückgeschoben werden könnte. Hiermit übereinstimmend kann nach §. 37 des Gesetzes vom 18. October 1845 über das summarische Verfahren selbst von einem Curator oder gesetzlichen Vertreter, der im Namen eines Andern Proceß führt, und der die Echtheit

einer gegen ihn angeführten Urkunde widersprochen hat, der Haupteid gefordert werden, daß er die Urkunde nach seinem Wissen nicht für echt halte. Dagegen steht demjenigen, der einen ihm aufgetragenen Haupteid ablehnen, oder die Ablegung des Eides durch den auftragenden Gegner hindern will, nach §. 204 und §. 205 a. G. O. lediglich zu, sein Gewissen durch den von ihm zu führenden Gegenbeweis zu vertreten, und nach §. 38 des Gesetzes über das summarische Verfahren hat er die dazu nöthigen Beweismittel schon bei der Verhandlung der Hauptsache beizubringen. Im Zusammenhalt dieser gesetzlichen Bestimmungen scheint im vorliegenden Falle der Kläger allerdings berechtigt, über die von ihm behaupteten, in der Sache entscheidenden, aber von dem Geklagten widersprochenen Umstände dem Letzteren, der im eigenen Namen Proceß führt und den Erblasser M vorstellt, den Haupteid aufzutragen, und da Geklagter ihm denselben zurückgeschoben hat, mußte er zur Ablegung dieses Haupteides zugelassen werden, ohne daß es dem Kläger oblag, vorerst darzuthun, daß es dem Geklagten möglich gewesen sei, von dem Versprechen des Erblassers Kenntniß zu erlangen. Für eine solche, dem Kläger aufzulegende Beweislast findet sich weder in dem Wortlaute, noch im Geiste des Gesetzes ein Anhaltspunkt."

Nr. 218.

Erbeinsetzung?

Entsch. v. 27. August 1856, Nr. 8018 (Best. des Urtheils des L. G. Mantua vom 19. März 1856, Nr. 4979, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 5. Juni 1856, Nr. 6401). Gaz. d. Trib. 1856, S. 154 und 155.

Von den drei Zeugen, in deren Gegenwart M ein mündliches Testament errichtet haben soll, erklärt der eine: M habe seine Gattin A vor ihm und den zwei anderen Zeugen zu seiner Universalerbin ernannt. Die beiden anderen Zeugen geben an, M habe der A in Gegenwart der Zeugen gesagt: „Du weißt wohl, daß Alles, was dein ist, auch mein ist, und was mein ist, auch dein" — welche Aeußerung sie als Erbeinsetzung verstanden hätten. Dem auf Anerkennung des Erbrechtes gerichteten Klagebegehren der A wird nur in erster Instanz, nicht aber von den beiden höheren Gerichten stattgegeben. „Denn", heißt es in den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes, „die Ausdrücke, über welche die beiden Zeugen berichten, enthalten nicht eine deutliche Erbeinsetzung; die Auslegung aber, welche die Zeugen hinzufügen, ist nicht zu berücksichtigen, denn als Zeugen sind sie berufen, über Thatsachen auszusagen, nicht aber ein Urtheil über dieselben zu fällen. Auch konnten jene Worte sich ebenso-

wohl auf einen Vertrag über Gemeinschaft der Güter oder auf einen bei Eingehung der Ehe abgeschlossenen Erbvertrag beziehen."

Nr. 219.

Beweislast rücksichtlich der Bedeutung der Verabredung, daß über einen Vertrag eine schriftliche Urkunde errichtet werde.

Entsch. vom 27. August 1856, Nr. 8297 (theilweise Abänd. des das Urtheil des B. G. Kronstadt v. 6. Mai 1856, Nr. 2856, abändernden Urtheils des O. L. G. Hermannstadt v. 17. Juni 1856, Nr. 4737). Zeitschrift f. Gesetzkunde, 2. Jahrg., Nr. 19.

In den Entscheidungsgründen der dritten Instanz heißt es: „Nach §. 883 a. b. G. B. macht es zwar in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied, ob der Vertrag mündlich oder schriftlich errichtet wird; wenn sich aber die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrag verabredet haben, so wird er nach §. 884 a. b. G. B. vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen. Kläger behauptet nun, daß schon im Juli 1855 zwischen ihm und dem Geklagten unter den angegebenen Bedingungen der Miethvertrag mündlich abgeschlossen, und blos des besseren Beweises wegen bestimmt worden sei, darüber eine schriftliche Urkunde auszufertigen, und hat über diese Umstände dem Geklagten den negativen Haupteid aufgetragen. Geklagter hat diesen Angaben widersprochen und blos die mündliche Verabredung der Bedingungen zugegeben, dagegen behauptet, daß die Ausstellung eines schriftlichen Vertrages ausdrücklich festgesetzt wurde, welcher jedoch nicht zu Stande gekommen sei, und nur in dieser Richtung den ihm aufgetragenen Haupteid angenommen. Es handelt sich daher in dem vorliegenden Falle um die entscheidenden Thatumstände: ob der Vertrag wirklich mündlich abgeschlossen und die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde darüber blos des bessern Beweises wegen verabredet wurde oder nicht, über welche bei dem Widerspruch des Geklagten dem Kläger der Beweis obliegt, welchen er auch durch den Haupteid angetragen hat. In Ermanglung eines anderen Beweismittels hat das Oberlandesgericht auf diesen Eid erkannt, jedoch gerade diese Umstände als unerheblich beseitigt, was in diesem Falle nach §. 212 prov. Civilproceßordnung um so weniger angemessen erscheint, als beide Parteien eben auf diese Umstände mit Grund das meiste Gewicht legen."

Nr. 220.

Competenz zur Abhandlung eines Lehennachlasses.

Entsch. v. 10. Sept. 1856, Nr. 8666 (Best. des Decretes des städt.-del. B. G. Innsbruck vom 5. Juni 1856, Nr. 4554, Abänd. der Entsch. des O. L. G. Innsbruck v. 24. Juni 1856, Nr. 2416). G. Z. 1856, Nr. 144.

Die Successoren in den Lehennachlaß des M erklärten sich bei dem städtisch-delegirten Bezirksgerichte als Erben zum Lehennachlaß mit der Bitte um Anerkennung ihres Lehenerbrechtes. Das Gericht wies dieses Gesuch zurück, indem nur das Landesgericht nach §. 49 J. N., weil zur Führung der Lehentafeln berufen, zur Abhandlung competent sei. Die zweite Instanz wies das Bezirksgericht an, als Abhandlungsbehörde das Amt zu handeln, in der Erwägung, „daß es sich vorläufig nicht um eine Lehenstreitigkeit, sondern um die Abhandlung eines Lehens handelt, daß dieselbe nach der J. N. vom 20. November 1852 und dem Abhandlungsgesetze vom 9. August 1854 in den gerichtlichen Wirkungskreis fällt, daß in der Regel das Bezirksgericht (auch das städtisch-delegirte), in dessen Bezirk der Verstorbene seinen ordentlichen Wohnsitz hatte, zur Verlassenschaftsabhandlung berufen ist (§. 77 J. N.), und daß der §. 78 J. N. nur dort eine Ausnahme festsetzt, wo bei einem Gerichtshofe erster Instanz eine Lehentafel wirklich geführt wird (§. 49 lit. a J. N.), eine Ausnahme, die für Tirol keine Anwendung findet, weil das Institut der öffentlichen Bücher daselbst noch nicht reformirt, und dem Verfachbuche die Lehentafel fremd ist". Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Decret auf Grundlage der §§. 49 lit. a und 78 J. N. in der Erwägung, „daß bei der k. k. Statthalterei eine Lehenstube sich befindet".

Nr. 221.

Klage gegen den Firmaführer einer Handlung nach dem Tode des Principals.

Entsch. v. 11. Sept. 1856, Nr. 8381 (Best. des Urtheils des H. G. Pest v. 18. April 1856, Nr. 8008, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Pest v. 28. Mai 1856, Nr. 4193). G. Z. 1856, Nr. 152.

Nr. 222.

Erledigung einer Klage auf Zugestehung der Rechtswohlthaten nach Eröffnung des Concurses.

Entsch. v. 23. Sept. 1856, Nr. 9259 (Best. des den Bescheid des L. G. Wien v. 6. Juni 1856, Nr. 23825, abändernden Bescheides des O. L. G. Wien vom 25. Juni 1856, Nr. 7810). Haimerl's Magazin, Bd. XVI., S. 250, 251.

Nr. 223.

Classificirung der Zinsen eines nicht unausgesetzt eingeklagten Pfandcapitals.

Entsch. v. 24. Sept. 1856, Nr. 6319 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Bergamo v. 8. Oct. 1855, Nr. 7998, und des O. L. G. Mailand vom 29. März 1856, Nr. 3673). Gaz. d. Trib. 1857, S. 68, 69.

Nr. 224.

Unanwendbarkeit des §. 1500 a. b. G. B. bei offenbaren Servituten.

Entsch. v. 24. Sept. 1856, Nr. 6504 (Best. des Urtheils des L. G. Wien v. 14. August 1855, Nr. 27200, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 9. Jänner 1856, Nr. 16547). G. H. 1857, S. 272 ff.

Zwischen dem Hause A und dem des B befindet sich eine zwei öffentliche Plätze verbindende, von einem Bogen überdeckte Durchfahrt. Auf diesem Bogen ruht ein Bestandtheil des dem A gehörigen Hauses; allein die Mauer, welche auf der Seite des Nachbarhauses den Bogen trägt, ist im Erdgeschosse von einer Thüre durchbrochen, welche aus jener Durchfahrt in das Haus des B führt, indem sie den Zugang zu einem dort bestehenden Verkaufsgewölbe bildet. A, welcher das Haus, zu dem auch diese Mauer gehört, erst seit 1832 besitzt, stellte die actio negatoria an, wogegen B sich auf die Ersitzung berief. Die erste Instanz erkannte die Ersitzung an; die zweite nahm an, daß ihr §. 1500 a. b. G. B. entgegenstehe. Nach ihrer Ansicht muß dieser Paragraph auch hier angewendet werden, weil das Gesetz für Gegenstände, welche, wie hier, für

Jedermann sichtbar waren, keine Ausnahme von diesem Paragraph festsetzt, und zwar weder im §. 1470 a. b. G. B., wie die Geklagten vermeinen, — weil dieser nur von der Verjährungszeit handelt, welche nöthig ist, um ein bücherliches, nicht eingetragenes Recht zu erwerben, aber dem §. 1500 a. b. G. B. nicht entgegensteht, der von erworbenen Rechten, also ungeachtet der vorhandenen Ersitzung, das Vorerwähnte verfügt, — noch im §. 1493 a. b. G. B. aus eben diesem Grunde, weil er zwar dem Geklagten das Recht gibt, die Ersitzungszeit seiner Vorfahren einzurechnen, die für ihn sprechende Ersitzung aber dennoch nach §. 1500 a. b. G. B. rechtsunwirksam gegen den Kläger erscheint. Der oberste Gerichtshof gab der Revisionsbeschwerde des Geklagten statt und bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Wie der oberste Gerichtshof schon mehrfältig erkannt hat, kann die Einwendung des §. 1500 a. b. G. B. demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit auf einem unbeweglichen Gute ersessen hat, von dem neuen Eigenthümer dieses Gutes, welcher dasselbe noch vor der Einverleibung des ersessenen Dienstbarkeitsrechtes an sich gebracht hat, dann nicht entgegengesetzt werden, wenn Letzterer zur Zeit der Erwerbung des dienenden Gutes von dem wirklichen factischen Bestande der Dienstbarkeit durch den Augenschein Kenntniß hatte, oder sich bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit davon überzeugen konnte. Dieses Letztere trat in dem vorliegenden Falle offenbar ein, denn es handelte sich hier um eine unter der Einfahrt des Hauses des A befindliche, in ein fremdes Haus, und rücksichtlich in ein dort befindliches Gewölbe führende Eingangsthür, welche Kläger, als Käufer des Hauses, bei einiger Aufmerksamkeit bei oder vor Ansichbringung der Hausantheile bemerken konnte, und sobald er sie bemerkte, auch Anlaß finden mußte, sich über die Befugniß seines Nachbars zu einer derartigen Benützung seines Eigenthums Aufklärung zu verschaffen, daher von einem im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erfolgten Kaufe bezüglich dieser Servitut keine Rede sein kann."

Nr. 225.

Unzulässigkeit der Amortisation einer Carta bianca (Blanquet).

Entsch. vom 30. Sept. 1856, Nr. 9445 (Best. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Venedig v. 16. Juni 1856, Nr. 10795, und des O. L. G. Venedig v. 14. August 1856, Nr. 15611). Eco d. Trib. 1857, S. 159 ff.

Nr. 226.

Verjährungsfrist für Klagen auf Ersatz des für einen Andern gemachten Aufwandes.

Entsch. vom 14. Oct. 1856, Nr. 9849 (Best. des das Urtheil des B. G. Pisek vom 15. Sept. 1855, Nr. 312 abändernden Urtheils des O. L. G. Prag v. 5. Mai 1856, Nr. 5286). G. Z. 1857, Nr. 1.

Die Gemeinde A hatte mittelst Vertrages v. 20. Juni 1790 dem B die Emphyteuse an dem ihr gehörigen Dominical-Hause** verkauft, und dabei die Verpflichtung übernommen, das nach der damaligen Landesverfassung zu entrichtende sogenannte Extraordinarium selbst zu bezahlen, während der Käufer alle neuen Lasten zu entrichten übernahm. Als der Letztere sich weigerte, an der mit dem Militärjahre 1821 neu eingeführten, alle bisherigen Leistungen in eine Gesammtsumme vereinigenden Dominicalgrundsteuer zu participiren, trat die Gemeinde A mit der Klage vom 10. Jänner 1832 gegen ihn auf, und begehrte Anerkennung der Verpflichtung des jeweiligen Emphyteuten zur theilweisen Entrichtung der Dominicalgrundsteuer und Ersatz der von ihr als Obrigkeit seit dem Militärjahre 1821 einstweilen vorausgezahlten Beträge. Der Geklagte vertheidigte sich gegen die Ersatzforderung durch die Berufung auf die Verjährung nach §. 1489 a. b. G. B. Die erste Instanz hielt die Anwendung dieses Paragraphes für gerechtfertigt, die zweite Instanz dagegen für unzulässig. Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: „Eine Klage, womit Ersatz für eine Zahlung angesprochen wird, welche der Kläger statt des Geklagten leistete, ist keine Entschädigungsklage im Sinne des Gesetzes, weil eine Entschädigungsklage ihrem Begriffe nach die Zufügung eines Schadens voraussetzt, während die Leistung einer Zahlung, welche der Geklagte zu leisten verpflichtet war, für den Zahlenden nicht den Begriff des Schadens nach §. 1293 a. b. G. B. bildet, daher das dadurch entstandene Rechtsverhältniß nur nach dem §. 1042 a. b. G. B. beurtheilt werden kann. Daher findet auch §. 1489 a. b. G. B. auf die vorliegende Klage keine Anwendung, und derselben könnte nur die 30jährige Verjährung entgegengestellt werden, welche als Regel gilt. Alle Ausnahmen müssen strenge ausgelegt werden. Der §. 1489 a. b. G. B. betrifft aber nur solche Klagen, durch welche der Ersatz eines wirklich erlittenen Schadens in Folge einer vorausgegangenen Beschädigung angesprochen wird, während die vorliegende Klage auf einem ganz andern Rechtstitel ruht."

Nr. 227.

Beweisthema bezüglich der Begründung des forum contractus.

Entsch. vom 14. Oct. 1856, Nr. 9956 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien vom 25. Februar 1856, Nr. 9220, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 13. August 1856, Nr. 4599). G. H. 1857, S. 59.

A klagte gegen B einen Conto ein und begründete die Einbringung der Klage an einem vom Wohnsitz des Geklagten verschiedenen Orte (Wien) damit, daß er ihm den referiblen Haupteid darüber auftrug: „Geklagter habe sich mündlich verpflichtet, in Wien zu zahlen." Die erste Instanz erkannte, da die Incompetenz behauptet wurde, auf diesen Haupteid. Das Oberlandesgericht gab dagegen der Einwendung der Incompetenz unbedingt statt, und letztere Entscheidung wurde in dritter Instanz bestätigt aus folgendem Grunde: „Die von dem Geklagten übernommene Verpflichtung, zu deren Beweise der Haupteid aufgetragen wird, enthalte jedenfalls nur eine einseitige Erklärung des Geklagten, sei somit zur Begründung des forum contractus nicht hinreichend (§. 43 J.N.)."

Nr. 228.

Unerlaubte Verabredungen in Bezug auf öffentliche Feilbietungen. — Schuldurkunde ohne Angabe einer causa debendi.

Entsch. vom 15. Oct. 1856, Nr. 9449 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand v. 26. Februar 1856, Nr. 1716, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 6. Juni 1856, Nr. 5849). Gaz. dei Trib. 1856, S. 589 ff.

A klagt wider B einen Betrag von 6000 L. ein, und stützt sein Begehren lediglich auf eine, die causa debendi nicht ausdrückende Schuldverschreibung. Im weiteren Verlauf des Processes gibt er als Entstehungsgrund der Verpflichtung an: es sei zwischen ihm und dem Geklagten, ehe Letzterer ein jetzt ihm gehöriges Haus bei einer executiven Feilbietung erstand, das Uebereinkommen getroffen worden, daß dies für gemeinschaftliche Rechnung geschehen solle. Der Geklagte widersprach dem und machte Angaben, aus denen hervorging, daß während der Feilbietung, in welcher A und B sich entgegentraten, ein Uebereinkommen getroffen wurde, in Folge dessen A von der Feilbietung zurücktrat und B das Haus um einen geringen Betrag erstand. — Die erste Instanz fand letztere Behauptung durch die Zeugenaussagen bestätigt und wies den Kläger ab; die zweite erkannte auf den von Letzterem aufgetragenen Haupteid über den gemein-

schaftlichen Ankauf des Hauses. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „In der Schuldurkunde, auf welche die Klage sich stützt, ist keine causa debendi, kein Rechtstitel angegeben, und der Kläger selbst gibt zu, daß ihm den vom Geklagten erhobenen Einwendungen gegenüber die Verpflichtung obliege, auf andere Weise den Entstehungsgrund seiner angeblichen Forderung darzuthun. In der That hat er auch den Beweis durch Zeugen ... angeboten. Der Ausgang dieser Beweisführung entsprach aber keineswegs den Behauptungen des Klägers .... Es fehlt also der Schuldurkunde A an der causa debendi oder dem Rechtstitel, und der Kläger selbst hat nicht, wie ihm oblag, bewiesen, daß eine erlaubte causa debendi vorliege. Es muß daher jene Urkunde als nichtig und juristisch wirkungslos betrachtet werden, wie dieses ausdrücklich §. 127 der C. P. O. für Ungarn &c. angibt, welches Gesetz in dieser Beziehung als eine authentische Interpretation der im lomb.-venet. Königreiche geltenden Proceßnormen angesehen werden kann. Dieses muß man umsomehr gelten lassen, weil aus den Aussagen der erwähnten Zeugen sich Gründe ergeben, um anzunehmen, daß die wahre causa debendi in dem Entgelt für die Eingehung eines Vertrages bestanden habe, welcher durch a. h. Entschließung vom 28. April 1838 für unerlaubt und wirkungslos erklärt wurde. Wenn nämlich die Parteien wirklich übereingekommen wären, das erwähnte Haus in Gemeinschaft zu kaufen, so war es überflüssig, daß sie Beide bei der Versteigerung mitboten, um eine Licitation zu simuliren. Sie würden sich auch nicht über die Art der Auflösung der Gesellschaft nach erfolgter Erstehung des Hauses geeinigt, auch nicht sogleich aufgelöst haben, am allerwenigsten aber würden sie sogleich vorausbestimmt haben, welches Entgelt Derjenige zu empfangen habe, der von der Gesellschaft und seinen Rechten zurücktritt; jedenfalls würde auch das Angebot bei der Feilbietung im Namen dieser Gesellschaft oder im Interesse einer erst später namhaft zu machenden Person erfolgt sein."

Nr. 229.

Restitutionsgesuch wegen schlechter Vertretung nach rechtskräftiger Verweigerung der Restitution wegen verstrichener Fallfrist.

Entsch. vom 21. Oct. 1856, Nr. 9223 (Best. des das Urtheil des B. G. Klobouk vom 15. August 1855, Nr. 1013, abänd. Urtheils des O. L. G. Brünn v. 20. Februar 1856, Nr. 2). G. H. 1857, S. 112.

Ein Gesuch um Restitution gegen eine verstrichene Frist zur Ueberreichung der Duplik war in allen drei Instanzen abgewiesen; nun ward

ein neues Gesuch um Restitution zu demselben Zweck „wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung" überreicht. Die Gegner legten das Gesuch zurück und beriefen sich auf die res judicata. Die erste Instanz ließ diese Einwendung und den Rückerlag zu; die beiden höheren Instanzen gaben dem Rückerlag nicht statt, da, wie es in den Gründen der zweiten Instanz heißt, „nicht gesagt werden kann, daß derselbe Gegenstand schon rechtskräftig entschieden sei und sohin einer neuerlichen Entscheidung nicht unterzogen werden könne, indem für die Restitution wegen versäumter Fallfrist ganz andere Grundsätze gelten (§. 372 a. G. O.; Patent v. 1. Juli 1790, Nr. 31, Wessely I, Nr. 1359) als für die Restitution wegen schlechter Vertretung eines Rechtsfreundes (Hofdecret v. 6. October 1785, Nr. 477, Wessely I, Nr. 1365; — kais. Patent v. 1. Juli 1790, Nr. 31 ad 2, Wessely I, Nr. 1366, und Hofdecret v. 19. December 1801, Nr. 545, Wessely I, Nr. 1367), diese also von jener genau zu unterscheiden ist." Die Gründe der oberstrichterlichen Entscheidung lauten: „Durch die auf das Restitutionsgesuch wegen ohne Verschulden verstrichener Fallfrist erflossenen, dem Rückerlagsgesuche beigelegten Entscheidungen ist ausgesprochen, daß die Frist zur Einbringung der Duplik nicht ohne Verschulden des Vertreters versäumt worden sei. In dem nunmehr vorliegenden Restitutionsgesuche wegen mangelhafter Vertretung handelt es sich aber um die Frage, ob das in den erwähnten Entscheidungen anerkannte Verschulden des Vertreters der von ihm vertretenen Partei zum Nachtheile gereichen könne, welcher Nachtheil darin läge, daß sie von dem ihr gesetzlich zustehenden Rechte der vollständigen Vertheidigung gegen die Klage ausgeschlossen, und nach §. 52 a. G. O. die in der Replik angebrachten neuen Umstände für wahr zu halten sein würden. Diese Frage ist von der in der früheren Restitutionsverhandlung erörterten ganz verschieden, und wenn ausgesprochen worden ist, daß dem Vertreter hinsichtlich der Fristversäumung ein Verschulden zur Last falle, so ist hiermit noch nicht entschieden, daß dieses Verschulden der Partei zum Nachtheil gereiche. Das Letztere ist Gegenstand einer besonderen Verhandlung, die wie das Oberlandesgericht in seinen Entscheidungsgründen bemerkt hat, nach anderen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen ist. Hiernach stellt sich das Rückerlagsgesuch als ungegründet dar, und mußte das obergerichtliche Urtheil bestätigt werden."

Nr. 230.

Schuldbekenntniß auf Grund gepflogener Abrechnung.

Entsch. vom 21. Oct. 1856, Nr. 10086 (Best. des Urtheils der Prätur Bergamo v. 2. Juni 1856, Nr. 10889, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 2. August 1856, Nr. 8482). Gaz. d. Trib. 1857, S. 118.

A klagt wider die Rechtsnachfolger des B einen Betrag von 132 Lire lediglich auf Grund einer von fremder Hand geschriebenen, von B unterschriebenen Urkunde ein, in welcher Letzterer bekannte, jenen Betrag dem A gemäß gepflogener Abrechnung schuldig zu sein. Die erste Instanz begnügte sich mit diesem Beweismittel, und gab dem Klagebegehren statt, welches jedoch in zweiter Instanz zurückgewiesen wurde. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil, „in Erwägung, daß B das Billet nicht als eine Schuldverschreibung über ein empfangenes Darlehen, wie eine solche §. 172 ital. G. O. (§. 114 a. G. O.) vor Augen hat, unterschrieb, sondern daß er dasselbe seinem Wortlaut nach zum Beweismittel über die aus der stattgefundenen Abrechnung hervorgehende Schuld bestimmte."

Nr. 231.

Unzulässigkeit der Pränotation der eventuellen Regreßansprüche des Cessionars gegen den Cedenten.

Entsch. v. 21. Oct. 1856, Nr. 10351 (Best. der gleichlautenden Bescheide des L. G. Brünn vom 20. Juni 1856, Nr. 9200, und des O. L. G. Brünn v. 20. August 1856, Nr. 6045). G. H. 1857, S. 298.

Nr. 232.

Behauptung des Gläubigers, daß eine von seinem Schuldner vorgenommene Veräußerung simulirt sei.

Entsch. vom 22. Oct. 1856, Nr. 6975 (Best. des Urtheils des L. G. Brescia v. 21. Februar 1856, Nr. 1339, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 19. April 1856, Nr. 4816). Gaz. d. Trib. 1857, S. 56 ff.

C war bei Abschluß des Ehecontractes zwischen seinem Neffen M und der A als Bürge und Zahler bezüglich verschiedener von dem Neffen

übernommenen Verbindlichkeiten eingetreten (11. Nov. 1842). Viel später erwirkte die A die Pränotation der bezüglichen Rechte auf dem C gehörigen Realitäten; diese Pränotation wurde auch in Folge gerichtlichen Vergleiches für gerechtfertigt erklärt. Schon bei dieser Gelegenheit deutete indeß C an, und später zeigte sich auch, daß er zur Zeit der erfolgten Pränotation nicht mehr Eigenthümer der Realitäten war. In der That kam ein Notariatsact vom 21. Juni 1844 zum Vorschein, vermöge dessen er dieselben an A abgetreten hatte. Die A ficht nun diesen Vertrag als simulirt an. — Die erste und zweite Instanz gehen auf die zur Unterstützung dieser Behauptung hervorgehobenen Indicien ein, entscheiden jedoch mit Rücksicht auf den verschiedenen Eindruck derselben verschieden, indem die erste das Klagebegehren abweist, die zweite ihm stattgibt. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, jedoch aus nachstehenden Gründen: „C ist in der Urkunde vom 11. November 1842 der Verbindlichkeit seines Neffen ... als Bürge und Zahler beigetreten, ohne nebst dieser persönlichen Bürgschaftsleistung auch noch eine Realcaution zuzugestehen. Er hatte also sein Recht, über seine Sachen nach Belieben zu verfügen, weder verloren noch dasselbe eingeschränkt, noch weniger hatte er sich verpflichtet, die fragliche Realität vor ihrer Veräußerung mit einer Hypothek zu beschweren, so daß etwa davon die Giltigkeit des am 21. Juni 1844 abgeschlossenen Kaufvertrages abhinge ... Indem er so von seinem vollen Eigenthumsrechte Gebrauch machte, verletzte er demnach kein Recht der Klägerin, die ihm dies nicht verbieten konnte, und die überdies nicht eine gegenwärtige und sichere, sondern nur eine eventuelle Forderung an C hat, und also schon darum nicht behaupten kann, daß der Bürge sie verkürzte, indem er sich seiner Realität entäußerte. Es fehlt also hier an den logisch-juristischen Voraussetzungen einer betrügerischen Collusion zwischen dem Käufer und Verkäufer der Realität, an welcher die Klägerin zu spät die Pränotation erwirkte; dieselbe hatte daher auch gar kein Recht, einen Vertrag als simulirt anzufechten, welchen der Bürge und der Dritte unter jeder ihnen beliebigen Modalität abschließen konnten. Welches immer auch seine wahre, innere Natur ist, so weit es sich um die Contrahenten handelt, — ihr gegenüber erscheint er immer als erlaubt und giltig."

Nr. 233.

Unzulässigkeit einer zweifachen executiven Feilbietung derselben Realität.

Entsch. v. 22. Oct. 1856, Nr. 9959 (Best. des den Bescheid des B. G. Gablonz v. 16. April 1856, Nr. 1662, aufhebenden Bescheides des O. L. G. Prag v. 8. Juli 1856, Nr. 10682). G. H. 1857, S. 105.

Eine Realität war im Executionswege feilgeboten worden; während jedoch der Ersteher die Kaufschillingsberechnung vorbereitete, benützte einer der Satzgläubiger den Umstand, daß der Execut noch an der Gewähr stand, dazu, um seinerseits gegen denselben die Feilbietung zu begehren. Obgleich inzwischen auch die Kaufschillingsberechnung und zwar unter Mitwirkung jenes Satzgläubigers stattgefunden hatte, ward doch dieses Ansuchen bewilligt. Das Oberlandesgericht hob diesen Bescheid auf und verordnete die Abweisung des Feilbietungsbescheides, welche oberlandesgerichtliche Verfügung im Revisionswege *bestätigt* wurde „in der Erwägung, daß durch die am 24. März 1855 erfolgte Versteigerung der Realität des Executen für dessen darauf hypothecirte Gläubiger *der diesfällige Kaufschilling als Fonds zur Befriedigung ihrer Ansprüche* an die Stelle derselben getreten sei, und daß durch diesen gerichtlichen Act, so wie für den Ersteher, auch für den Executen und die Gesammtheit der Gläubiger Rechte auf diesen Kaufschilling erwachsen seien, die durch eine weitere Executionsführung eines Gläubigers auf diese schon verkaufte Realität nicht verletzt oder gefährdet werden können; in weiterer Erwägung, daß derlei Executionsführungen, wenn sie gestattet würden, unvermeidlich vielfältige Verwicklungen herbeiführen, und durch Verminderung der Concurrenz bei gerichtlichen Versteigerungen auch auf den Realcredit einen sehr nachtheiligen Einfluß üben würden; in Erwägung endlich, daß es ganz unzulässig sei, wenn ein Hypothekargläubiger auf doppeltem Wege — wie es hier geschah — nämlich an dem Kaufschillinge und an der verkauften Realität durch deren neuerliche Exequirung seine Befriedigung suche; in Erwägung, daß sich sonach alle diesfälligen Acte des Bezirksgerichtes als *nichtig* darstellen“.

Nr. 234.

Cumulation von Klagen. — Verpflichtung des Richters zur Festsetzung eines Termines behufs Wiedereinbringung der verbesserten Klage.

Entsch. vom 5. Nov. 1856, Nr. 9680 (Best. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Mados vom 1. Mai 1856, Nr. 1226, und des serbisch-banatischen O. L. G. vom 19. Juni 1856, Nr. 3867). G. Z. 1857, Nr. 71.

Nr. 235.

Unzulässigkeit der Besitzstörungsklage gegen den auf seinem Grund bauenden oder grabenden Nachbar.

Entsch. vom 5. Nov. 1856, Nr. 10461 (Best. des Decretes der Prätur Portogruaro vom 22. August 1856, Nr. 5931, Abänd. des Decrets des O. L. G. Venedig vom 16. Sept. 1856, Nr. 17458). Eco d. Trib. 1857, S. 12 ff. G. Z. 1858, Nr. 120.

A behauptete, B störe ihn dadurch im Besitz seines Hauses, eventuell einer zu demselben als herrschendem Grunde gehörigen Servitut, daß er auf seinem anstoßenden Grunde vor ein im Hause des Klägers angebrachtes Fenster eine Mauer baue, und dicht neben dem Grund einer zu seinem Hause gehörigen Mauer eine Grube graben lasse. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab; die zweite Instanz gab ihm statt, „weil A bewiesen habe, daß er sich im ruhigen Besitz (des Bezuges) von Licht und Luft durch jenes Fenster seines Hauses befinde, und der Bau der Mauer ... sowie das Graben der Grube, beide ohne Beobachtung der gerichtsordnungsmäßigen Vorsichtsmaßregeln unternommen, zum Theil jetzt schon Licht und Luft benehmen, und noch größere Benachtheiligung in Aussicht stellen".

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz, „da A nicht bewiesen hat, daß der Bau einen Eingriff in sein Eigenthum begründe, und die bloße Existenz eines Fensters in seiner Mauer weder den Erwerb einer Servitut der Nichtentziehung von Licht und Luft darthut, noch den Besitz des Rechtes, den Nachbar in der beliebigen Verfügung über sein Eigenthum zu beschränken (§. 1305 a. b. G. B.)".

Nr. 236.

Erwerbung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers. Pfandrechts-Priorität.

Entsch. v. 18. Nov. 1856, Nr. 10152 (Best. des Urtheils des L. G. Padua vom 22. April 1856, Nr. 4402, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 11. Juli 1856, Nr. 11090). Eco d. Trib. 1857, S. 34 ff. G. Z. 1858, Nr. 120.

A hatte die pfandweise Beschreibung der Effecten seines Miethers erwirkt, es zeigte sich jedoch, daß dieselben schon vorher für B gerichtlich gepfändet worden waren. A klagt nun gegen B auf Anerkennung seines Vorrechts. Die erste Instanz gab der Klage unter Berufung auf das Hofkanzleidecret' vom 13. April 1826 (venetian. Gubernialerlaß vom 10. Mai 1826, Nr. 16821—1350) statt. Das Oberlandesgericht wies das Klagebegehren aus folgenden Gründen ab: „Der §. 1101 a. b. G. B. führe nur einen jener Fälle an, in welchen das Gesetz selbst im Sinne des §. 450 a. b. G. B. den Titel zum Pfandrecht begründe; er enthalte aber keine Ausnahme von den Regeln, welche im sechsten Hauptstück des II. Theils über das Pfandrecht überhaupt aufgestellt seien; auch der durch den §. 1101 a. b. G. B. begründete Titel gewähre daher nur ein Recht auf Erwerbung des Pfandrechtes an der Sache, wozu dann aber noch eine der im Gesetz erwähnten Erwerbungsarten nöthig sei. Auch die Gubernialverordnung vom 10. Mai 1826 könne nicht bestimmt sein, das allgemeine bürgerliche Recht abzuändern, was sie auch nicht ausdrücklich erkläre; sie solle nur jeden Zweifel darüber abschneiden, daß in der That durch §. 1101 a. b. G. B. der Titel zum Pfandrecht begründet wird." Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz und deren Motivirung.

Nr. 237.

Haftung der Erben für Schulden, die aus der Fortführung eines Handlungsgeschäftes entspringen.

Entsch. vom 19. Nov. 1856, Nr. 10970 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des städt.-del. B. G. Brünn v. 12. Juli 1856, Nr. 9940 und des O. L. G. Brünn vom 26. August 1856, Nr. 6264). Gerichtsh. 1857, S. 222.

Nr. 238.

Wirkung eines den öffentlichen Büchern einverleibten Veräußerungs- und Einschuldungsverbotes.

Entsch. v. 25. Nov. 1856, Nr. 11584 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Kojetein vom 30. Mai 1856, Nr. 2600, und des O. L. G. Brünn v. 24. Sept. 1856, Nr. 6621). G. Z. 1857, Nr. 40.

Auf dem Hause Nr. 130 in K war die Protokollar-Erklärung des B vom 5. März 1843, daß er zu Gunsten seiner Kinder auf die Veräußerung und Einschuldung seiner Haushälfte Nr. 130 in K Verzicht leiste, grundbücherlich einverleibt. Als A wegen einer von B später contrahirten Darlehensschuld die Execution auf die erwähnte Haushälfte führen wollte, wurde er von der ersten Instanz wegen des auf derselben haftenden Einschuldungsverbots abgewiesen. Die zweite Instanz, an welche er recurrirte, bestätigte diesen Bescheid. Der oberste Gerichtshof änderte die gleichlautenden Entscheidungen ab, „in Erwägung, daß nach den §§. 358, 360 a. b. G. B. nur in Fällen, in welchen die Trennung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen ausdrücklich erhellet, von einem unvollständigen Eigenthume die Rede sein könne; in Erwägung, daß im vorliegenden Falle, wo aus der grundbücherlichen Einverleibung der von B am 5. März 1843 abgegebenen Protokollar-Erklärung: „daß er zu Gunsten seiner Kinder auf die Veräußerung und Einschuldung seiner Haushälfte Nr. 130 in K Verzicht leiste", keineswegs eine Eigenthumstheilung im Sinne der §§. 613 und 629 a. b. G. B. erhellet; in Erwägung, daß außer den im Gesetze bestimmten Fällen, wozu die förmliche Fideicommißerrichtung oder die Erklärung als Verschwender gehört, kein im Verkehre befindliches Vermögen eines Schuldners den Ansprüchen seiner Gläubiger entzogen werden kann; in Erwägung, daß demnach die Verzichtleistung des B ihm nur die persönliche Befähigung entzog, seinen Hausantheil zu verschulden, nicht aber seinen Gläubigern verwehren konnte, aus seiner Haushälfte Sicherstellung oder Befriedigung zu fordern."

Nr. 239.

Testament mit derogatorischer Clausel.

Entsch. v. 26. Nov. 1856, Nr. 9447 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Vicenza v. 10. Dec. 1855, Nr. 5937 und des O. L. G. Venedig v. 4. Juni 1856, Nr. 7662). Giorn. d. Giurispr. pr. 1857, S. 29 ff.

M errichtete am 21. Juli 1836 ein eigenhändig geschriebenes Testament, welches mit folgenden Worten schließt: „A porta inferi erue,

Domine, animam meam! Wenn diese Clausel nicht Wort für Wort aufgenommen (oder aufgehoben — **levata**) wird, so soll immer mein gegenwärtiges Testament aufrecht erhalten werden und als mein letzter Wille gelten.“ — Im Jahre 1843 errichtete M unter Mitwirkung eines Notars ein anderes Testament, in welchem jenes frühere Testament und die Clausel in keiner anderen Weise berücksichtigt ist, als daß im Eingang alle früheren letztwilligen Erklärungen aufgehoben werden. — Es entsteht nun die Frage, welches der beiden Testamente gelten solle, und der Streit dreht sich nebst der Frage nach der Bedeutung des Wortes levata namentlich darum, ob jene Clausel den Anforderungen des §. 716 a. b. G. B. entspreche. Alle drei Instanzen erhalten das Testament vom Jahre 1836 aufrecht, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Allerdings wird nach §. 713 a. b. G. B. durch ein giltiges schriftliches Testament das frühere aufgehoben, allein andrerseits stellt §. 716 a. b. G. B. eine Ausnahme für den Fall auf, wo der Erblasser einem Testament oder Codicill den Beisatz angehängt hat, daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein solle, wenn er nicht in der späteren Verordnung diese Clausel wieder aufgehoben hat. Die Nachschrift und Clausel, welche sich im Testamente vom 21. Juli 1836 findet, läßt deutlich den Willen und festen Entschluß des Erblassers erkennen, daß jenes Testament für giltig und wirksam, dagegen jede andere spätere letztwillige Erklärung für ungiltig und unwirksam angesehen werden solle, wenn nicht die erwähnte Clausel Wort für Wort herübergenommen (oder aufgehoben) sein sollte. Nun geschah dieses aber mit der erwähnten Clausel nicht, sei es nun, daß man das Wort levata im ersteren Sinne gleich den Klägern, oder im letzteren mit dem Geklagten versteht. Wenn nun auch die derogatorische Clausel, so wie sie der Erblasser angewendet hat, nicht gerade jenen Worten entspricht, mit welchen im §. 716 a. b. G. B. die von der allgemeinen Regel des §. 713 a. b. G. B. gemachte Ausnahme ausgedrückt wird, so folgt daraus noch nicht, daß dieser von dem Erblasser gemachte Beisatz nichtig und wirkungslos sein müsse. Die Ausdrücke, deren sich jener Paragraph bedient, sind nicht bindend; er stellt nicht irgend ein Formular auf, dem man sich bei Strafe der Nichtigkeit nicht entziehen darf, sondern läßt den Erblassern die volle Freiheit, ihren Willen durch jene Ausdrücke zu bezeichnen, welche ihnen die angemessensten scheinen.“

Nr. 240.

Personen, gegen welche die Unterbrechung der Verjährung wirkt.

Entsch. vom 26. Nov. 1856, Nr. 11821 (Best. des das Urtheil des L. G. Prag vom 8. April 1856, Nr. 4208, abändernden Urtheils des O. L. G. Prag v. 15. Juli 1856, Nr. 10982). G. Z. 1858, Nr. 31.

A hat die executive Einantwortung eines für seinen Schuldner C auf der Realität des B haftenden Capitales und der hievon seit Georgi 1837 laufenden 5 % Interessen erwirkt; diese Verfügung wurde verbüchert, ohne daß B dagegen den Recurs ergriff. A fordert nun nicht blos das Capital, sondern auch die Interessen seit Georgi 1837. Die dagegen erhobene Einwendung der Verjährung beantwortet er damit, daß B, indem er sich die Verbücherung der executiven Einantwortung der Interessen gefallen ließ, die Forderung anerkannt habe. Die erste und dritte Instanz entschieden gegen den Kläger; die zweite hatte sich für ihn ausgesprochen.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Nach §. 1497 a. b. G. B. wird die Verjährung unterbrochen, wenn derjenige, welcher sich auf dieselbe berufen will, vor dem Verlaufe der Verjährungszeit entweder ausdrücklich oder stillschweigend das Recht des Andern anerkannt hat, oder wenn er von dem Berechtigten belangt und die Klage gehörig fortgesetzt wurde. Die von dem Kläger ausgewiesenen Schritte sind nicht gegen den Hypothekar-, sondern nur gegen den Capitalsbesitzer gerichtet gewesen; durch dieselben würde daher wohl die Verjährung gegen den Letzteren unterbrochen worden sein, nicht aber auch gegen den Ersteren. Da nun der Kläger unterlassen hat, die Verjährung gegen den Hypothekarbesitzer entweder für sich allein oder im Einverständnisse mit dem früheren Capitalsbesitzer auf eine im §. 1497 a. b. G. B. angedeutete Weise zu unterbrechen, so konnte ihnen solche bezüglich der über drei Jahre (vom Tage der Anstellung der Klage zurückgerechnet) alten Zinsen mit Grund eingewendet werden. Einen Beweis darüber, daß die in Frage stehenden rückständigen Zinsen dem Hypothekarbesitzer gegenüber als eine selbstständige eigene Forderung wirklich behandelt worden seien, hat der Kläger nicht geliefert."

Nr. 241.

Anspruch des Pfandgläubigers auf vollständige Befriedigung aus dem Erlös für einen im Executionswege veräußerten ideellen Theil der verpfändeten Sache.

Entsch. v. 26. Nov. 1856, Nr. 11394 (Best. des das Urtheil des L. G. Prag v. 5. April 1856, Nr. 7243 theilweise abändernden Urtheils des O. L. G. Prag v. 23. Juli 1856, Nr. 10770). G. Z. 1858, Nr. 26.

Die A stellte gegen die B'sche Concursmasse die Klage auf Liquidhaltung ihrer auf dem dem Cridatar zur Hälfte gehörigen Hause Nr. 71 intabulirten Darleihensforderung pr. 1000 fl. C. M. und Versetzung mit derselben in die zweite Classe. Der Concursmasseverwalter willigte in der Einrede in die Liquiderklärung der Hälfte der angemeldeten Capitalforderung pr. 500 fl. und in deren Versetzung in die zweite Classe, bat aber um Abweisung der Klägerin mit dem Begehren um Liquidhaltung bezüglich der zweiten Hälfte dieses Capitals, da das ganze eingeklagte Capital pr. 1000 fl. C. M. auf dem Hause Nr. 71 hypothekarisch sicher gestellt sei, daher diese zweite Capitalshälfte an die zweite Hälfte des Hauses gewiesen werden müsse; denn es gehöre nur die Hälfte der Hypothek in die Concursmasse; die Besitzer der zwei Hälften des Hauses seien nicht Solidarschuldner, folglich könne auch nur die Hälfte der ob diesem Hause intabulirten Capitalien gegen die Concursmasse des Mitbesitzers dieser Realität angesprochen werden. Die erste Instanz erkannte dem Einredebegehren gemäß aus folgenden Gründen: „Es handle sich hier nicht um eine Personalschuld, sondern um eine Hypothekarschuld; die Forderung pr. 1000 fl. hafte auf dem ganzen zur Hypothek eingesetzten Hause; die geklagte B'sche Concursmasse sei aber nur aus dem bücherlichen Mitbesitze des Hauses zu gleichen Theilen und ohne solidarische Haftung Schuldnerin der Hälfte des liquidirten Capitals pr. 1000 fl. C. M. c. s. c., indem der bücherliche Mitbesitz eines Hauses allerdings eine ideelle Theilung des Eigenthums und daher auch der hierauf haftenden Lasten zulasse und durch dieses Erkenntniß die von der Klägerin erworbenen Pfandrechte auf die zweite der X gehörigen Haushälfte unberührt bleiben. Der zufällige Umstand, daß der ursprüngliche Schuldner Alleineigenthümer des Hauses war und das ganze Haus als Hypothek einsetzte, vermöge für die nachgefolgten bücherlichen Mitbesitzer dieses Hauses keine passive Correalität zu begründen, da kein Gesetz verfüge, daß in diesem Falle eine passive Correalität der Hypothekbesitzer Platz greife, vielmehr §. 888 a. b. G. B. für die Theilbarkeit der Schuld von Mitbesitzern spreche, und endlich selbst im Zweifel nach §. 889 a. b. G. B. die Gemeinschaft von Schuldnern immer zur getheilten Hand anzunehmen sei, solange eine Theilung der Schuld möglich ist und kein Gesetz das Gegentheil bestimmt." Die zweite In-

stanz erkannte dem Klagebegehren in seinem vollen Umfange gemäß, und der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen: „Die von der A liquidirte Forderung war auf der ganzen Realität Nr. 71 grundbücherlich eingetragen, als B das Eigenthum der Hälfte jener Realität erwarb. Die spätere Erwerbung des Eigenthums der Hälfte der mit der fraglichen Forderung belasteten Realität, wobei die Gläubigerin A nicht intervenirte, konnte daher an dem für jene auf der ganzen Realität haftenden Pfandrechte und an dem Rechte der Gläubigerin, ihre Forderung ungetheilt aus der ganzen Hypothek ohne Rücksicht auf deren Besitzer einzubringen, nichts ändern, weil der geklagte Curator der Concursmasse nicht nachweiset, ja selbst nicht behauptet, daß die Klägerin in die Theilung ihrer Forderung und ihres zu deren Sicherstellung erworbenen Pfandrechtes einwilligte, eine solche ihre erworbenen Rechte schmälernde Theilung aber ohne ihre Einwilligung in den Gesetzen nicht gegründet ist. Vielmehr ergiebt sich aus denselben die entgegengesetzte Bestimmung, da sich zu Folge des §. 457 a. b. G. B. das Pfandrecht auf alle zum freien Eigenthume des Verpfänders gehörigen Theile erstreckt, und nach §. 466 a. b. G. B. das Pfandrecht ungeachtet der Aenderung des Eigenthümers des Pfandstückes in voller Wirksamkeit bleibt. Die B'sche Concursmasse hat also, indem sie die ideelle Hälfte des der eingebrachten Forderung pr. 1000 fl. zur Hypothek dienenden Hauses in Besitz nahm, nach §. 443 a. b. G. B. die ganze darauf sichergestellte, aus den öffentlichen Büchern ersichtliche fragliche Schuld übernommen, weßhalb die ganze Forderung der A gegen die geklagte Concursmasse als liquid erkannt werden muß, weil die ganze Forderung auf der zur Concursmasse gezogenen Hälfte der Realität Nr. 71 haftet, die Concursmasse daher als Miteigenthümerin zur Befriedigung der Hypothekargläubigerin verpflichtet ist."

Nr. 242.

Untersagung künftiger Besitzstörungen.

Entsch. vom 2. Dec. 1856, Nr. 10604 (Best. des Bescheides der Prätur Mailand v. 14. August 1856, Nr. 38900, Abänd. der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 13. Sept. 1856, Nr. 11108). Gaz. d. Trib. 1857, S. 17.

A beklagte sich, daß B eine Mauer durchbrochen habe, während er im Besitz des Rechtes sei, ihm dies zu untersagen; er verlangte also, daß erkannt werde, B sei schuldig, die Oeffnung in der Mauer wieder zu schließen und sich künftig bei Vermeidung einer Geldstrafe der Durchbrechung dieser Mauer zu enthalten. B behauptete, er habe sich keiner Besitzstörung schuldig gemacht, schloß aber noch während der Dauer des Processes jene Oeffnung. Die erste Instanz entschied: B sei 1) schuldig

gewesen, die Oeffnung in der Mauer zu schließen u. s. w.; auch sei er 2) schuldig, sich in Zukunft der Durchbrechung der Mauer bei Strafe von 100 fl. zu enthalten. — Die zweite Instanz bestätigte nur den ersten, nicht auch den zweiten Theil dieser Entscheidung, weil nach §. 15 der allerh. Entschließung v. 22. Juni 1825 (gleichlautend mit §. 15 der kaiserl. Verordnung v. 27. October 1849, Nr. 12 R. G. Bl. über das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten) die Entscheidung blos als einstweilige Norm für den letzten factischen Besitzstand gilt, sich also nicht auf künftige Fälle beziehen oder gar eine Weisung für alle Zukunft geben kann." Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch die Entscheidung der ersten Instanz „in der Erwägung, daß nach §. 2 (der beiden erwähnten Gesetze) Jeder, der im Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt werde, die richterliche Hilfe ansuchen kann, und der Richter nach §. 5 daselbst nicht blos zur Wiederherstellung, sondern auch zum Schutz des gestörten Besitzes verpflichtet sei; daß ihm daher allerdings das Recht zukomme, dem verantwortlichen Urheber der Besitzstörung aufzutragen, sich jeder ähnlichen Handlung künftig zu enthalten, weil sonst der wesentliche Zweck der ganzen Vorkehrung vereitelt würde, und durch Verwerfung dieses Theils des Klagebegehrens dem Geklagten die irrige Meinung beigebracht werden könnte, daß ihm nicht untersagt sei, in Zukunft das zu thun, was gethan zu haben ihm eben zum Vorwurf gemacht wird, oder doch wenigstens leicht ein Anlaß zu neuen Processen über einen bereits entschiedenen Punkt gegeben würde."

Nr. 243.

Verfahren über das Ansuchen um Löschung einer nicht justificirten Pränotation.

Entsch. vom 2. Dec. 1856, Nr. 10673 (Abänd. der gleichlautenden Entscheidungen des L. G. Brünn vom 4. Dec. 1855, Nr. 8418 und des O. L. G. Brünn vom 23. Mai 1856, Nr. 2910). G. Z. 1857, Nr. 12.

Nr. 244.

Actio confessoria. Veräußerung des dienenden Grundstückes während des Processes.

Entsch. vom 3. Dec. 1856, Nr. 10617 (theilweise Best. des Urtheils des B. G. Neumarktl v. 27. Dec. 1855, Nr. 1633, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Graz vom 29. April 1856, Nr. 2910). G. Z. 1857, Nr. 7.

B hatte gegen A mit der actio negatoria auf Anerkennung der Freiheit seines Hauses von der von A ausgeübten Servitut geklagt und

war sachfällig geworden. Nunmehr klagte A gegen B mit der actio confessoria auf Anerkennung derselben Servitut und Enthaltung von jeder Störung in der Ausübung derselben von Seite des Geklagten; er stützt sein Begehren theils auf das im vorigen Rechtsstreit ergangene Urtheil, theils auf die Aussage von vier zum ewigen Gedächtniß abgehörten Zeugen, welche bestätigten, daß A und dessen Besitzvorfahrer die fragliche Servitut, über den Hofraum des Hauses Nr. 100 zu ihrem Hammer x zu gehen und mit Schiebkarren zu fahren, durch mehr als 30 Jahre offen und ungestört ausgeübt hatten. B wendete unter anderem, jedoch erst in der Duplik ein, daß Kläger nicht Eigenthümer des fraglichen Hammers x sei, daher es ihm an der Legitimation zur Klage mangle, so wie daß er (B) nicht mehr Eigenthümer des Hauses Nr. 100 sei, da im Laufe des Rechtsstreites die Umschreibung dieser Realität auf den Namen seines Schwagers Z erwirkt wurde. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß, und zwar auch gegen die allfälligen Besitznachfolger des Geklagten. Sie ging hiebei von der Erwägung aus, daß man, wenn einerseits rechtskräftig erkannt worden, A sei nicht schuldig, sich von der Ausübung der Servitut gegenüber dem Hause Nr. 100 zu enthalten, aus diesem formell allerdings ein Negativum enthaltenden Spruch doch nicht folgern könne, er habe kein Recht zur Ausübung seiner Dienstbarkeit, daß vielmehr der gedachte Spruch die Zuerkennung des gedachten Rechtes involvire und sonach den Rechtstitel enthalte. Das Recht der Dienstbarkeit sei nach §. 472 a. b. G. B. ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht, und werde mit Rücksicht auf unbewegliche Güter durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben (§. 481 a. b. G. B.). Diese Eintragung sei aber der Zweck der vorliegenden Klage, um das zustehende Recht der Servitut gegen alle Ankämpfungen künftiger Besitzer des dienstbaren Gutes zu schützen. Es handle sich blos um eine Formulirung des Urtheiles in zuerkennender Form, während das in dem früheren Proceß ergangene Urtheil vermöge der damaligen Stellung der Parteien in negativer Form abgefaßt werden mußte. Auch den Beweis der Ersitzung nach §. 1470 a. b. G. B. erachtete die erste Instanz für vollkommen hergestellt durch die Aussage der zum ewigen Gedächtniß abgehörten Zeugen. — Die zweite Instanz wies das Klagebegehren in allen Punkten ab. Sie ging von der Erwägung aus, „daß die vorliegende Klage nicht als possessorisches, sondern als petitorisches Rechtsmittel zu betrachten sei, wonach der Kläger den strengen Beweis der rechtlichen Erwerbung der angesprochenen Servitut zu liefern habe. Diesen Beweis habe Kläger jedoch nicht geliefert. Das in dem früheren Proceß über die actio negatoria des heutigen Geklagten erflossene Urtheil vermöge nicht die rechtliche Grundlage der actio confessoria zu suppliren: der heutige Kläger sei nach dem Inhalt dieses Urtheils nur nicht verpflichtet, die Freiheit des gegnerischen Hauses in der angesprochenen Servitut anzuerkennen. In diesem Erkenntniß liege für B eine Negation des Untersagungsrechtes, sohin für

A ein Schutz des Besitzes in Ausübung der fraglichen Dienstbarkeit, keineswegs aber der volle Beweis für das Recht zur Dienstbarkeit, und noch weniger der Beweis der rechtlichen Erwerbung desselben. Auch der Beweis der eingetretenen Ersitzung sei nicht hergestellt: denn sollte die angesprochene Dienstzeit als eine persönliche betrachtet werden, so mangelt der Ablauf der erforderlichen Zeit, da A für seine Person sich lange noch nicht durch 30 Jahre in der Ausübung derselben befinde; stelle sie sich aber als eine Grunddienstbarkeit dar, so hätte Kläger den Widerspruch des Geklagten, Besitzer des herrschenden Gutes zu sein, entkräften müssen, was er aber weder durch die beigebrachten Urkunden, noch durch die Aussage der Zeugen gethan habe."

Die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, jedoch mit Beschränkung desselben auf den Geklagten B, als Besitzer des Hauses Nr. 100 (also mit Aufhebung des auf dessen Besitznachfolger sich beziehenden Beisatzes). In den Entscheidungsgründen heißt es unter Anderem: „Kläger beruft sich auf den schon im früheren Processe geltend gemachten Umstand, daß er und seine Vorfahren im Besitz des Hammers x bereits seit mehr als 30 Jahren das bezeichnete Servitutsrecht, über den Hofraum des Hauses Nr. 100 zu dem Hammer x zu gehen, und mit Schiebkarren zu fahren, offen und ungestört ausgeübt haben, und bringt auch die Aussagen der hierüber zum ewigen Gedächtniß bereits abgehörten Zeugen bei. Durch diesen zur Erwahrung seines Rechtes angeführten Thatumstand macht Kläger unzweideutig nichts anderes als die Ersitzung des fraglichen Servitutsrechtes geltend, wenn er auch des Wortes „„Ersitzung"" nicht ausdrücklich sich bedient. Da nun der fragliche Umstand durch die erwähnte Zeugenaussage als erwiesen sich darstellt, so muß dem Kläger das angesprochene Recht auf Grund der Ersitzung nach den §§. 480, 1470, 1477, 1493, 1498 a. b. G. B. zuerkannt, demnach das Urtheil des ersten Richters bestätigt, jedoch die oben angeführte Beschränkung beigefügt werden, weil der Besitznachfolger im Klagebegehren keine Erwähnung geschieht, der Richter aber das Petit nicht überschreiten darf. Dem Kläger das angesprochene Recht zuzuerkennen, steht nicht entgegen, daß er nicht bewiesen hat, Besitzer des Hammers x zu sein; denn diese Einwendung des mangelnden Klagerechts hat Geklagter erst in der Duplik angebracht, es ist daher hierauf nach §§. 7, 10, 53 a. G. O. keine Rücksicht zu nehmen. Ebensowenig steht der Umstand, daß der Geklagte während des Processes die Umschreibung des Hauses Nr. 100 an seinen Schwager Z bewirkte, entgegen, nach dem Klagebegehren zu erkennen, weil im Processe in der Regel nur das zur Zeit der Klage bestandene Sach- und Rechtsverhältniß entscheidend wirkt, und dabei in die Frage, ob und welche Wirkung das Urtheil für den Kläger bei geänderten Verhältnissen, welche der Geklagte inzwischen einseitig herbeizuführen wußte, noch werde haben können, nicht einzugehen ist."

Nr. 245.

Unzulässigkeit der Pränotation einer bereits mit einer vertragsmäßig bestellten Hypothek bedeckten Forderung.

Entsch. v. 3. Dec. 1856, Nr. 11261 (Best. der den Bescheid der Prätur Varese vom 14. Juli 1856, Nr. 6399 abändernden Verordnung des O. L. G. Mailand v. 18. Sept. 1856, Nr. 11298). Gaz. d. Trib. 1858, S. 105.

Nr. 246.

Verpfändung der Pachtzinse und Naturalfrüchte einer Realität. Wirksamkeit derselben bezüglich der aus einem späteren Pachtvertrag gebührenden Zinse.

Entsch. v. 9. Dec. 1856, Nr. 10319 (Best. des das Urtheil der Prätur Pavia v. 12. Mai 1856, Nr. 5031 abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 8. August 1856, Nr. 9088). Gaz. d. Trib. 1857, S. 94 ff.

A hatte an einer Realität des M ein vertragsmäßiges Pfandrecht; später erwirkte er auch noch die executive Pfändung derselben und gleichzeitig die executive Anweisung der von dem verpachteten Theil des Grundstückes gebührenden Zinsen, sowie die executive Sequestration der aus dem anderen Theile erwachsenden Naturalfrüchte. Der bezügliche Bescheid ward in's Hypothekenbuch eingetragen und der Sequester bestellt. — Nach einiger Zeit starb M und seine Erbin N verpachtete das ganze Grundstück an einen neuen Pächter. Nun führte B, ein Gläubiger der N, auf den von diesem neuen Pächter zu zahlenden Pachtzins Execution, indem er sich denselben anweisen ließ. A nimmt aber diesen Pachtzins gänzlich für sich in Anspruch, und klagt in diesem Sinne wider B. Sein Begehren ward in erster Instanz abgewiesen; die beiden höheren Instanzen gaben ihm statt, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Das vertragsmäßige und executive Pfandrecht des A an der fraglichen Besitzung ist älter als das zu Gunsten des Geklagten eingetragene. Nach §. 457 a. b. G. B. erstreckte sich das Pfandrecht auch auf die noch nicht abgesonderten und bezogenen Früchte. Auch hat Kläger nicht blos die Pfändung der Realitäten, sondern auch der von einem Theil derselben zu zahlenden Pachtzinse, sowie der auf dem anderen Theile wachsenden Früchte, dann die Ernennung des Sequesters sowohl zur Einbringung der natürlichen Früchte, als zur Einziehung des Pachtzinses... erlangt, und auch dies erscheint im Hypothekarbuche eingetragen. Nun ist die Forderung des Klägers nicht erloschen, und er hat auf die Hypothek

und das Faustpfand nicht verzichtet; auch kann die seither erfolgte Verpachtung der ganzen Besitzung an seinen Rechten nichts ändern, und zwar deßhalb, weil — was den Pachtzins betrifft — nicht gerade der vom damaligen Pächter zu zahlende Zins, sondern der auf den betreffenden, größeren Theil der Besitzung entfallende Zins überhaupt gepfändet war, und daher auch gepfändet blieb, wenn ein neuer Pächter eintrat, und weil — was die Naturalfrüchte anbelangt — die Früchte aller übriggebliebenen Grundstücke überhaupt... gepfändet wurden, und somit noch gepfändet sind, weßhalb es vom Kläger abhängt, ob er es sich gefallen lassen will, daß statt der Früchte der entsprechende Zins zur Tilgung seiner Forderung verwendet werde."

Nr. 247.

Collision von Erbserklärungen.

Entsch. vom 10. Dec. 1856, Nr. 11658 (Best. des Bescheides des L. G. Wien v. 22. Juli 1856, Nr. 30784, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Wien v. 30. Sept. 1856, Nr. 11870). G. Z. 1857, Nr. 14.

Der am 31. Juli 1855 verstorbene M hatte im §. 8 seines Testamentes dd. 30 December 1840, den B und den C zu Erben eingesetzt und im §. 31 angeordnet, „daß, wenn sein Nachlaß so groß sein sollte, daß nach vollständiger Ausführung aller Vermächtnisse für die Universalerben auf ihren Erbtheil, auf welchen jedenfalls die Bedeckungssumme von allen jährlichen Legaten zuzuweisen ist, mehr als 24.000 fl. ausfallen würden, dieser Mehrbetrag oder Ueberschuß den im Testamente vom §. 11 bis zum Schlusse bezeichneten Vermächtnißnehmern mit dem Quotienten in dem Verhältnisse zufallen solle, als einem Jeden das Legat in der Ziffer bestimmt wurde." B und C überreichten ihre bedingte Erbserklärung zum ganzen Nachlasse; aber auch die in den §§. 11—30 des Testaments berufenen Legatare überreichten die bedingte Erbserklärung auf den von ihnen auf 225.923 fl. angegebenen Ueberschuß des Nachlasses. In diesem Conflict wies die erste Instanz den B und den C an, die Darthuung aller Ansprüche, welche sich in Folge ihrer Erbserklärung auf die Verlassenschaft des M geltend machen, gegen die in den §§. 11—30 des mehrerwähnten Testaments benannten, die Erbschaft ansprechenden Personen als Kläger aufzutreten. Die erste Instanz ging hiebei von der Erwägung aus, „daß beide Theile ihr Erbrecht aus dem seiner Echtheit und seinem Inhalte nach unbestrittenen Testamente ableiten, mithin in Bezug auf den Erbrechtstitel von einem stärkeren Rechte des einen oder des anderen Theiles keine Rede sein kann, so daß es sich bei dieser Entscheidung nur darum handle, welche von den Erbserklärungen

dem Sinne der erblasserischen Anordnung mehr entspricht, und daher von der Abhandlungsbehörde für geeigneter befunden wird, der Verlassenschaftsabhandlung zu Grunde gelegt zu werden ... Nach der Anordnung des Erblassers soll nun sein Nachlaß dergestalt getheilt werden, daß 1) zuerst die Verlassenschaftspassiven und Abhandlungskosten berichtigt, dann 2) alle im Testamente angeordneten Vermächtnisse vollständig ausgeführt, sohin 3) den von dem Erblasser benannten Universalerben der Erbtheil, auf welchen jedenfalls die Bedeckungssumme von allen jährlichen Legaten zuzuweisen ist, mit 24.000 fl. zugetheilt, und endlich 4) der hiernach verbleibende Mehrbetrag oder Ueberschuß den im Testamente vom §. 11 bis §. 30 bezeichneten Legataren mit dem Quotienten in dem Verhältnisse ihres Legats zufallen soll. Dieser natürlichen Auslegung entspricht die blos auf den unter 4 bezeichneten Mehrbetrag der Verlassenschaft gerichtete Erbserklärung der Legatare, und eben deßhalb muß sie zunächst für geeignet befunden werden, der Verlassenschaftsabhandlung zu Grunde gelegt zu werden....Der von B und C bezogene Testamentsabsatz kann nur mit jenen Einschränkungen aufgefaßt werden, welche der Erblasser selbst in den allgemeinen Bestimmungen über die verschiedenen Fälle der Verminderung oder Vermehrung seines Vermögens festgesetzt hat, und es kann auf die von dem Erblasser selbst gebrauchten Ausdrücke: „„Universalerbe,““ „„Legatnehmer““ kein Gewicht gelegt werden, theils weil es scheint, daß der Erblasser diese im Eingange seines Testamentes gebrauchten Ausdrücke im weiteren Verlaufe nur deßhalb beibehalten wollte, um bei jeder Anordnung die Personen, welche er im Sinne hatte, kurz zu bezeichnen, ohne erst auf eine vollständige Aufzählung ihrer Namen wieder einzugehen, theils weil die Frage, wer als Erbe und wer als Vermächtnißnehmer anzusehen sei, zuletzt doch nur nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung der §§. 532 und 535 a. b. G. B. zu beantworten ist, wornach aber eben die zum Ueberschusse des Nachlasses berufenen Personen als die Erben anzusehen sind, weil nur sie an einer Verminderung oder Vermehrung des Nachlasses betheiligt erscheinen, während alle übrigen unter 2 und 3 angeführten Personen nur bestimmte Beträge zu erhalten haben, die ihnen jedenfalls zukommen müssen, bevor von dem die Erbschaft bildenden Ueberschusse die Rede sein kann.“ Die zweite Instanz wies die Legatare an, als Kläger aufzutreten, aus folgenden Gründen: „Bei der Entscheidung der Frage, welche Erbsprätendenten nach M zur Darthuung ihrer Ansprüche als Kläger aufzutreten haben, ist sich mehr auf die Form zu beschränken, als in eine Beurtheilung der dem Einen oder Andern zustehenden Rechte selbst einzugehen, welche vielmehr Gegenstand des künftigen Rechtsstreites selbst ist. In dieser Beziehung muß vor Allem bemerkt werden, daß durch die Annahme der von den Legataren auf Grund des §. 31 des Testamentes eingebrachten Erbserklärungen noch keineswegs anerkannt ist, daß sie auch Erben seien, weil nach §§. 122 und 125 des Patentes vom 9. August 1854 der Richter widersprechende und auch sogar solche Erbserklärungen annehmen muß,

deren Titel erst nachträglich nachgewiesen werden soll. Formell sind jene als Erben anzusehen, welche der Erblasser als solche bezeichnet hat. Dies hat aber M im §. 8 seines Testamentes und auch noch im §. 31 bezüglich des B und C gethan, die er in beiden Paragraphen als Universalerben benennt, während er die in den §§. 11 bis 30 bedachten Personen selbst im §. 31, wo er sie zu dem Ueberschusse seiner Verlassenschaft beruft, also nach ihrer Behauptung zu Erben einsetzt, doch nur Legatare nennt. B und C werden unbedingt als Erben ernannt, während den in den §§. 11 bis 30 benannten Personen nur bedingte Rechte zugewendet werden, daher sie vorerst den Eintritt der Bedingungen zu erweisen haben, was durch die Inventur hier nicht geschehen kann, weil man selbe von Amtswegen nicht berücksichtigen darf, wo es sich um streitige Rechte handelt. Auch dem Wortlaute des Testamentes nach sprechen sie mehr an, als ihnen nach selbem gebührt, da ihnen im Testamente nur bestimmte Beträge, deren Ziffer sich allerdings erhöhen oder erniedrigen kann, aber kein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil des Nachlasses zugedacht ist. Sie sind daher anzuweisen, ihre Erbschaftsansprüche gegen die im Testamente als Erben genannten Personen im Wege der von ihnen einzubringenden Klage darzuthun." Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung mit Anberaumung einer neuerlichen Frist von 60 Tagen zur Ueberreichung der Klage „in der Erwägung, daß die Erbserklärungen der im §. 31 des M'schen Testamentes zu dem „„Ueberschusse"" der Verlassenschaft berufenen Personen in Uebereinstimmung mit der testamentarischen Anordnung überreicht, und da ein Ausweis des Titels im Sinne der §§. 532, 533, 562 und 599 a. b. G. B. vorlag, angenommen wurden; in der Erwägung, daß hingegen die im §. 8 des obgedachten Testamentes berufenen B und C ihren gleichfalls angenommenen Erbserklärungen eine Ausdehnung geben wollen, welche jedes Erbrecht der Vorgenannten ganz ausschließt, während Letztere die Ansprüche dieser beiden Erben in einer mit dem Wortlaute der im Testaments-Paragraphen 31 vorkommenden Beschränkung übereinstimmenden Weise anerkennen; in der Erwägung, daß die factische Grundlage der von dem Erblasser für B und C ausgesprochenen Beschränkung, nämlich der Umstand, daß das Verlassenschaftsvermögen nach Abzug aller Passiven und Ausführung aller Vermächtnisse einen die Summe von 24.000 fl. sehr bedeutend übersteigenden Ueberschuß ergebe, durch die von ihnen selbst veranlaßte Inventur auch dem Abhandlungsrichter so nachgewiesen vorliegt, daß er hierauf bei der von dem Patente vom 9. August 1854, §§. 125 und 126 vorgeschriebenen Entscheidung Bedacht nehmen muß; in der Erwägung endlich, daß es sich eigentlich darum handelt, daß B und C gegen die dem Testamente entsprechende Erbserklärung der in den §§. 11—30 berufenen Personen den von ihnen behaupteten größeren Umfang und die Ausdehnung der eigenen Ansprüche im Rechtswege durchsetzen."

Nr. 248.

Sequestration einer streitigen Sache.

Entsch. v. 10. Dec. 1856, Nr. 11760 (Bestätigung des den Bescheid der Prätur Gallarate v. 18. Juli 1856, Nr. 6117, abändernden Decretes des O. L. G. Mailand v. 19. Sept. 1856, Nr. 11399). G. Z. 1857, Nr. 9.

In der Klage behauptet A, daß er Obereigenthümer des in den Händen des B befindlichen emphyteutischen Grundes sei, macht das in dem emphyteutischen Vertrage auf den Fall der Deteriorirung der Emphyteuse sowie der ohne Zustimmung des Obereigenthümers vorgenommenen Veräußerung derselben festgesetzte Heimfallsrecht geltend, und begehrt zugleich die Sequestration der emphyteutischen Gründe, da sie bereits einer theilweisen Zerstörung ausgesetzt worden seien. In der darüber eingeleiteten Verhandlung leugnete B, daß die streitigen Gründe emphyteutisch seien, und erklärte die Sequestration für unzuläßig, da er sich im unbestrittenen Besitze der fraglichen Realitäten befinde. A hob replicando insbesondere hervor, daß das ihm zustehende Obereigenthum an den fraglichen Gründen hinreichende Sicherheit für den dem Beklagten aus der Sequestration etwa erwachsenden Schaden gewähre. Die erste Instanz bewilligte die angesuchte Sequestration; die zweite Instanz verweigerte sie und der oberste Gerichtshof bestätigte den Ausspruch der zweiten Instanz, „da der Kläger, indem er mittelst seiner Klage die Vereinigung des Nutzungseigenthums mit dem Obereigenthume der streitigen Gründe in seiner Person herbeizuführen strebt, offenbar zugibt, daß sich dieselben gegenwärtig in dem Besitze des Geklagten befinden; da ferner, indem sich der Streit nicht um den Besitz, sondern um das Nutzungseigenthum dreht, auf den vorliegenden Fall nicht der §. 292 a. G. O. (§. 387 westgal. G. O., §. 376 ital. G. O.), sondern der §. 293 a. G. O. (§. 388 westgal. und §. 377 ital. G. O.) anwendbar erscheint, in Folge dessen es dem Kläger oblag, eine Gefahr erweislich zu machen, daß der Geklagte die Sache während des Processes verderben oder Schaden nehmen lassen könnte, und hinlängliche Sicherheit für den dem Geklagten etwa erwachsenden Schaden darzubieten, der Recurrent jedoch eine solche Gefahr nicht ordnungsmäßig nachgewiesen habe, indem der Geklagte leugnet, daß die von dem Kläger behauptete Veräußerung und Ausrottung von Pflanzen sich auf die streitigen Grundstücke beziehe, und nur die Entfernung von wenigen Gewächsen zugibt, welche durch die Nothwendigkeit und durch die Grundsätze einer guten Cultur geboten war; da endlich die Sicherstellung für den etwa entstehenden Schaden lediglich in dem Obereigenthume der im Streite befangenen Güter dargeboten wurde, wodurch aber den Anforderungen des Gesetzes nicht Genüge geleistet erscheint, zumal von Seiten des Geklagten eben behauptet wird, daß dem Kläger gar

kein Obereigenthum an den besagten Gründen gebühre, in welchem Falle die angebotene Sicherheit geradezu illusorisch wäre."

Nr. 249.

Pränotation eines Buchauszuges, dem die Bestätigung über die ordentliche Führung der Handlungsbücher fehlt. — Unzulässigkeit der Pränotation eines Conto nach Ablauf der im §. 120 a. G. O. bestimmten Frist.

Entsch. v. 10. Dec. 1856, Nr. 11877 (theilweise Abänderung der Bescheide des L. G. Brünn v. 30. Mai 1856, Nr. 7604, und des O. L. G. Brünn v. 17. Sept. 1856, Nr. 6335). Gerichtsh. 1857, S. 195.

Nr. 250.

Acceptation eines Wechsels behufs Tilgung einer Schuld.

Entsch. v. 10. Dec. 1856, Nr. 11878 (Best. des das Urtheil des L. G. Troppau v. 30. October 1855, Nr. 1417, abänd. Urtheils des O. L. G. Brünn v. 26. Juni 1856, Nr. 2384). G. Z. 1857, Nr. 20.

Nr. 251.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Bedeutung des Ausdrucks „gesetzliche Erben". — Testamentarische Berufung einer bestimmten Person zur Auslegung.

Entsch. v. 17. Dec. 1856, Nr. 11614 (Best. des Urtheils des Kreisgerichtes Kornenburg v. 21. Dec. 1855, Nr. 1079, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien v. 20. August 1856, Nr. 4677). G. Z. 1857, Nr. 36.

Der am 19. Februar 1847 verstorbene M hatte im §. 10 seines Testamentes die Anordnung getroffen, daß, „wenn sein Sohn N unverehe-

licht, ohne Kinder oder gesetzliche Erben zu hinterlassen, sterben sollte, die Tochter seiner seligen Schwester A Substitutionserbin sein solle." N starb am 16. Juli 1852 unverheiratet und ohne Kinder. Auf Grund des gedachten Testaments erklärte sich nun A zu demjenigen Vermögen, welches M hatte, insoweit es den dem Sohne gebührenden Pflichttheil überstieg, als Erbin. Allein auch die sämmtlichen gesetzlichen Erben des N überreichten ihrerseits zu dem N'schen Substitutionsvermögen die Erbserklärung. Der darüber entstandene Streit, in welchem A freiwillig als Klägerin auftrat, drehte sich nun um die Frage, wie der Ausdruck „gesetzliche Erben" zu verstehen sei. Die erste Instanz verstand den §. 10 des Testamentes so, „daß M zu Substitutionserben desjenigen Vermögens, welches den Pflichttheil seines Sohnes N überschreitet, zuerst die Kinder und Kindeskinder dieses Sohnes, in Ermanglung solcher aber seine nächste Anverwandte berufen wollte". Die zweite Instanz dagegen ging davon aus, „daß die Bedeutung des Wortes „„gesetzliche Erben"" im Gesetze festgestellt und nicht anzunehmen ist, daß dem Erblasser diese in dem a. b. G. B. enthaltene Bestimmung des Begriffes unbekannt gewesen sei", — und berief sich für diese Auslegung insbesondere darauf, daß Dr. Josef F das Testament zu Gunsten der Geklagten auslegte. Der Testator hatte nämlich im §. 11 seines Testamentes für den Fall eines Zweifels rücksichtlich der Auslegung seiner Willensmeinung die Anordnung getroffen, daß der von ihm ernannte Curator Dr. Josef F den Sinn seines Testamentes nach den ihm mündlich gemachten Mittheilungen dergestalt auszulegen habe, daß daraus kein Streit entstehen darf. „Der §. 564 a. b. G. B. untersagt dem Erblasser zwar, die Ernennung des Erben dem Ausspruche eines Dritten zu überlassen. Dadurch ist ihm aber nicht verwehrt, zur Vermeidung von Streitigkeiten eine vertraute Person zu bezeichnen, welche gleichsam als Schiedsrichter über den zweifelhaften Sinn seiner Anordnung zu entscheiden habe." Der oberste Gerichtshof erkannte die von der ersten Instanz gemachte Auslegung für die richtige an in folgender Erwägung: „Nach der Bestimmung der §§. 6, 655, 914 a. b. G. B. ist die Anordnung des Erblassers nach der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange, nach der hervorleuchtenden Absicht des Erblassers und so auszulegen, daß die Anordnung keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei. Werden nun unter dem Ausdruck „„gesetzliche Erben"" die im XIII. Hauptstücke des a. b. G. B. bezeichneten verstanden, so enthält die oben erwähnte Anordnung einen Widerspruch; denn der Erblasser nennt die Klägerin in diesem Testamentabsatz ausdrücklich als seine Nichte; sie war somit nach den gesetzlichen Bestimmungen eine gesetzliche Erbin seines Sohnes, und wenn sie bei dessen Absterben noch am Leben war, konnte der Fall, daß er ohne gesetzliche Erben sterbe, gar nicht eintreten, und sie wäre aus dem Gesetze zur Erbfolge berufen gewesen, ohne daß es einer besonderen Verfügung des Erblassers, durch welche er ihr doch unver-

kennbar eine Begünstigung zuwenden wollte, bedurft hätte. Dieser Widerspruch kann nur beseitigt werden und die testamentarischen Anordnungen können nur Wirksamkeit erlangen, wenn den gebrauchten Worten: „„gesetzliche Erben““ der Sinn unterlegt wird, daß der Erblasser hierunter blos solche Personen verstanden habe, denen sein Sohn N einen Erbtheil zu hinterlassen gesetzlich verpflichtet war, in welchem Sinne dieser Ausdruck zwar nicht im Gesetze, aber doch im gemeinen Leben häufig gebraucht wird. Diese durch die in ihrem Wortlaut mit sich selbst im Widerspruche stehende Anordnung nothwendig gewordene Auslegung entspricht aber auch ganz der ausgesprochenen und aus dem Testamente unzweideutig hervorleuchtenden Absicht des Erblassers. Die Klägerin ist, wie von den Geklagten auch zugestanden wird, die nächste Anverwandte des Erblassers, die Tochter seiner Schwester, daher schon mit Rücksicht auf das gewöhnliche Menschengefühl anzunehmen ist, daß er dieselbe begünstigen und entfernteren, ihm vielleicht nicht einmal bekannten Verwandten vorziehen wollte. Diese Gesinnung hat aber der Erblasser in seinem Testamente unzweideutig ausgesprochen, indem er die Klägerin als Substitutionserbin ernannt und bestimmt hat, daß ihr der ganze Nachlaß zur freien und eigenthümlichen Verfügung zu überlassen sei. Diesem nach wird durch die Anerkennung der Klägerin als Substitutionserbin die Absicht des Erblassers erfüllt und dessen Anordnung in Wirkung erhalten. Die entgegengesetzte Auslegung des Dr. Josef F kann nicht beachtet werden, weil der Erblasser seine Erben dessen Ausspruche nicht unbedingt unterworfen hat, ihnen daher freisteht, über den Sinn der letztwilligen Anordnung die richterliche Entscheidung zu verlangen, zumal einer bindenden Auslegung des Dr. Josef F auch die Vorschrift des §. 564 a. b. G. B. entgegensteht.“

Nr. 252.

Aufrechthaltung einer ordnungswidrig eingeleiteten, aber zur Fällung der meritorischen Entscheidung ausreichenden Verhandlung.

Entsch. vom 17. Dec. 1856, Nr. 12039 (Aufhebung des das Urtheil des Bez. G. Prag v. 26. Sept. 1856, Nr. 44422, aufhebenden Decrets des O. L. G. Prag v. 20. Oct. 1856, Nr. 17645). G. Z. 1857, Nr. 129.

Die erste Instanz hatte auf die Zurücklegung einer Aufkündigung das summarische Verfahren eingeleitet und nach geschlossener Verhandlung das Urtheil gefällt. Die zweite Instanz hob dieses Urtheil sammt dem

Verfahren auf, und zwar aus dem Grunde, weil die Vorschrift über Aufkündigung und Räumung gemietheter Wohnungen vom 3. October 1853, R. G. Bl. Nr. 193 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, indem es sich einerseits in demselben um die Aufhebung eines Pachtvertrages, andererseits um einen im §. 15 der angeführten Verordnung dem ordentlichen Verfahren vorbehaltenen Fall handle. Der oberste Gerichtshof trug jedoch dem Oberlandesgerichte auf, sich in die meritorische Behandlung dieser Rechtssache einzulassen, da nach der Resolution vom 31. Oct. 1785, Nr 489, lit. ooo (Wessely I, Nr. 869), mit welcher auch der §. 49 des Gesetzes über das summarische Verfahren im Wesentlichen übereinstimmt, ein geschlossenes Proceßverfahren oder ein Urtheil nicht als nichtig aufgehoben werden soll, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich die Nullität auf die unterlassene Vorschrift bestimmt, oder wenn ungehindert des unterlaufenen Gebrechens das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit gesprochen werden kann. In dem vorliegenden Rechtsstreite ist nun kein solches Gebrechen unterlaufen, auf welches durch ein bestimmtes Gesetz ausdrücklich die Nullität verhängt wäre, und die Verhandlung ist so vollständig gepflogen worden, daß darüber mit Gründlichkeit in der Hauptsache ein Urtheil geschöpft, oder allenfalls auch die Aufnahme angebotener Beweise angeordnet werden kann, weil es sich hier nur um die Entscheidung der Frage handelt, ob die geschehene Aufkündigung des Bestandvertrages rechtswirksam sei oder nicht."

Nr. 253.

Besitzstörung durch Befahren eines Sees.

Entsch. vom 17. Dec. 1856, Nr. 12254 (Bestätigung des Bescheides der Prätur Lecco v. 12. Sept. 1856, Nr. 6602, Abänderung der Verordnung des O. L. G. Mailand v. 24. Oct. 1856, Nr. 12557). Gaz. d. Trib. 1857, S. 67, 68.

Der See Pusiano befindet sich vollständig im Privateigenthum des A, welcher nur den Bewohnern des Ortes Pusiano gestattet, den See mit einer Barke zu befahren, und an dem einzigen Ausgang des Sees ein Wächterhaus errichtet hat, um jeder fremden Barke den Eintritt zu versagen. Dennoch befuhr ein Fremder B eines Tages den See, wie er sagte, um zu jagen; auch kündigte er an, er werde nächstens wiederkehren. A stellte die Klage wegen Besitzstörung an, welche die erste Instanz auch als begründet ansah. Die zweite Instanz ordnete an, daß die Klage als zum Besitzstörungsverfahren nicht geeignet zurückzustellen sei, „weil B den See nicht befahren habe, um einen Besitzact zu üben, oder einen Besitz zu stören, sondern zu Zwecken der Jagd; weil ein so vereinzelter Act nicht

als Besitzstörung angesehen werden könne, und weil über die Frage, ob Dritte auf dem See jagen dürfen, nicht im Verfahren über Besitzstreitigkeiten entschieden werden könne." — Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz „in der Erwägung, daß B zugesteht, am 27. Februar den See ohne Erlaubniß befahren, also den materiellen Besitzstand gestört zu haben; daß es gleichgiltig ist, daß dieses Factum ein vereinzeltes und momentanes ist, da das Gesetz über das Verfahren in Besitzstörungsfällen selbst gegen einen Versuch der Störung Schutz verspricht, und überdies . . . der Geklagte sich trotz des ihm bekannten Verbotes auf den See begeben und sogar gedroht hat, seinen Besuch so oft, als es ihm gefällig sei, zu wiederholen; in der Erwägung, daß es sich hier nicht darum handelt, über den Umfang des dem A zustehenden Rechtes abzusprechen, sondern nur ihn in dem factischen Besitz des Rechtes zu erhalten, jedes Fahrzeug zurückzuweisen, das zu welchem Zweck immer versucht, den See zu befahren, welcher bezüglich der Schifffahrt als geschlossener Ort angesehen werden kann, da an seinem einzigen Ausgange ein besonderes Haus für den Wächter besteht, welcher Jedermann den Eintritt versagt."

Nr. 254.

Zuständigkeit im Falle der Cumulirung von Klagen, von denen die eine vor die Real-, die andere vor die Personalinstanz gehört.

Entsch. v. 17. Dec. 1856, Nr. 12110 (Best. des den Bescheid der Prätur Cavarzere v. 19. August 1856, Nr. 2008, abändernden Bescheides des O. L. G. Venedig vom 14. Oct. 1856, Nr. 18400). Eco d. Trib. 1857, S. 100. Giorn. d. Giurispr. pr. 1857, S. 382 ff.

A bringt als Obereigenthümer eines Grundstückes bei der Prätur, in deren Bezirk das Grundstück liegt, wider den Erbpächter B, welcher im Sprengel einer anderen Prätur wohnt, eine Klage ein, in welcher er, gestützt auf eine besondere Bestimmung des Erbpachtvertrages, wegen eingetretener mora solvendi verlangt: 1) Aufhebung des Erbpachtvertrages, 2) Rückstellung des Grundstückes, 3) Zahlung des Zinsrückstandes. — Die vom Geklagten vorgebrachte Einwendung der Incompetenz ward in erster Instanz berücksichtigt, von den beiden höheren Gerichten aber zurückgewiesen, und zwar vom obersten Gerichtshof „in der Erwägung, daß der Hauptpunkt des Processes die Rückstellung des in Erbpacht gegebenen Grundstückes bildet, und daß die Auflösung des Vertrages nur das Motiv ist, auf welches jenes Begehren sich stützt; daß der Kläger in derselben Klage nebst der Aufhebung des Erbpachtvertrages wegen nicht

pünktlicher Zahlung des Zinses auch die Rückstellung des in Erbpacht gegebenen Grundes fordert, und daß der erste Klagepunkt vor die Personalinstanz, der letztere aber vor das forum rei sitae nach §§. 13 und 49 des Patentes vom 20. November 1852, Nr 295 R. G. Bl. gehört, und endlich, daß es nach dem Geiste des Gesetzes in ähnlichen Fällen einer Alternative dem Kläger freisteht, sich nach Belieben an das eine oder das andere Gericht zu wenden. (§§. 30, 53, 54, 55.)"

Nr. 255.

Execution im Falle einer Verurtheilung ad faciendum.

Entsch. v. 19. Dec. 1856, Nr. 11934 (Best. des den Bescheid der Prätur Spalato vom 25. Juni 1856, Nr. 2119, abändernden Bescheides des O. L. G. Zara vom 4. Sept. 1856, Nr. 3446). G. Z. 1857, Nr. 13.

Dem Colonen B war rechtskräftig aufgetragen worden, binnen 14 Tagen aus dem gepachteten Grundstücke des Klägers A die willkürlich auf demselben gepflanzten Weinreben wieder herauszunehmen, und auf dem Grundstück denjenigen Zustand wieder herzustellen, in welchem es sich vor dieser Anpflanzung befunden hatte. Da der Geklagte diesem Auftrage nicht Folge leistete, wurde ihm zu wiederholtenmalen auf Ansuchen des Klägers die Ausführung der gedachten Handlung binnen weiteren 14 Tagen und Androhung und Vornahme von Arrest aufgetragen. Gegen ein späteres Decret dieses Inhalts recurrirte der Geklagte. Die zweite Instanz wies diesen Recurs mit Bezug auf die §§. 398 und 399 ital. G. O. (§§. 309 und 310 a. G. O.) ab, und verurtheilte den Geklagten zur Wegnahme der Reben binnen 14 Tagen, jedoch nicht unter Androhung eines weiteren Arrestes, sondern mit dem Beifügen, daß auf neuerliches Ansuchen des Klägers dieser ermächtigt werden würde, die Entfernung der gedachten Pflanzen durch einen Dritten vornehmen zu lassen, und sich wegen seines Schadens an B zu erholen, „da die Ausnehmung der Rebpflanzungen eine Handlung sei, welche auch durch die Hand eines Dritten vorgenommen werden kann, daher der Richter nicht zu einem Zwangsmittel greifen konnte, dessen Anwendbarkeit eine Handlung voraussetzt, welche nur der Execut auszuführen im Stande ist." Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung mit Berufung auf die angeführten Gründe.

Nr. 256.

Unzulässigkeit der Besitzstörungsklage des Verwalters einer Verlassenschaft gegen einen Miterben.

Entsch. v. 23. Dec. 1856, Nr. 10782 (Aufhebung der Entscheidungen der Prätur Maniago v. 24. August 1856, Nr. 6075, und des O. L. G. Venedig v. 10. Sept. 1856, Nr. 17451). Eco d. Trib. 1857, S. 173. G. Z. 1857, Nr. 41.

C hinterließ neun Kinder, welche seine Erbschaft antraten. Vor erfolgter Theilung wurde diese indeß von zwei vom Gericht dazu bestellten Personen verwaltet; dennoch ließ eine der Erbinnen eigenmächtig eine in die Verlassenschaft gehörige Wiese mähen. Die Verwalter der Verlassenschaft stellten nun gegen sie die Besitzstörungsklage an, welcher in erster Instanz auch stattgegeben wurde. Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, weil nicht dargethan sei, daß sich die Kläger im Besitz des Grundstückes befunden hätten. Der oberste Gerichtshof cassirte beide Entscheidungen, und ordnete an, daß die Klage als zum Besitzstörungsverfahren nicht geeignet zurückgestellt werde, und zwar „in der Erwägung, daß die Kläger als gerichtliche Verwalter der Verlassenschaft nicht mehr und nicht weniger als die Mandatare der Erben sind, und daß sie, wenn sie einen Besitz haben, jedenfalls nur für Rechnung und im Interesse der Erben besitzen; daß die Geklagte Miterbin ist; daß niemand der Störung seines eigenen Besitzes beschuldigt werden könne, wenngleich dieser Besitz auch noch Anderen, welche Rechte auf einen Theil derselben Sache haben, zusteht, besonders wenn diese sich an der Klage nicht betheiligten."

Nr. 257.

Ersitzung einer Servitut trotz eines vorausgegangenen Precariums.

Entsch. vom 23. Dec. 1856, Nr. 10828 (Best. des Urtheils der Prätur Zogno v. 7. Juni 1856, Nr. 1638, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 14. August 1856, Nr. 8843). Gaz. dei Trib. 1857, S. 75, 76.

B und seine Vormänner im Besitz einer gewissen Realität, haben seit mehr als dreißig Jahren das zu derselben gehörige Vieh zu den auf dem Grundstücke des A befindlichen Brunnen zur Tränke getrieben, und stellten daher der actio negatoria des A die Ersitzung entgegen, während A ihnen eine Urkunde vom 4. Januar 1670 entgegenhält, aus welcher hervorgeht, daß einer seiner Vormänner aus bloßer Gefälligkeit einem der Vormänner des B für den Winter 1669—1670 und nur für diesen die Benützung der Brunnen in der bezeichneten Weise gestattet habe. —

Die erste Instanz wies das Begehren des Klägers zurück; die zweite gab ihm statt, indem sie sich theils auf jene Urkunde stützte, theils aber auch abgesehen hievon die Ersitzung als nicht vorhanden ansah. Die Gründe des das Urtheil der ersten Instanz bestätigenden Erkenntnisses des obersten Gerichtshofes lauten: „Kläger hat ... nicht bewiesen, daß während des langen abgelaufenen Zeitraumes Geklagter die Erlaubniß zu der jedes Jahr in vollster Oeffentlichkeit und mit seinem Wissen erfolgten Ausübung des Rechtes sich erbeten habe; man muß also annehmen, daß Geklagter damit ein Recht ausüben wollte, besonders da andererseits ... dargethan ist, daß niemals Kläger sich widersetzt hat, oder Geklagter von der Ausübung abgestanden ist. Somit besteht zu Gunsten des Geklagten der Besitz der Servitut im Sinne des §. 480 a. b. G. B. Da nun auch der nach den §§. 1477 und 1478 a. b. G. B. erforderliche Zeitraum abgelaufen ist, kommt dem Geklagten sowohl die Extinctiv- als die Acquisitivverjährung zu Gute, indem einerseits das Recht des Klägers, die actio negatoria anzustellen (a far valere l'azione proibitoria), verjährt, andrerseits die Erwerbung der Servitut vollendet ist. Wurde also dennoch die actio negatoria angestellt, so kam es dem Kläger nach §. 533 a. b. G. B. zu, die Mängel darzuthun, welche der Wirksamkeit der Ersitzung entgegenstehen. Nun ist aber kein Beweis angeboten, daß innerhalb der Ersitzungszeit der Besitz ein prekärer oder gewaltsamer gewesen sei. Der Act vom 4. Jänner 1670 ist seinem Wortlaute nach nur für den darin angegebenen Zeitraum maßgebend und nichts weniger als geeignet, die Grundlage eines dauernden und unveränderlichen Zustandes zu bilden, welcher die Verjährung und Ersitzung, namentlich die Anwendung der im §. 1477 a. b. G. B. aufgestellten Norm, ausschließen könnte."

Nr. 258.

Priorität der Zinsenrückstände bei einer executiven Kaufschillingsvertheilung.

Entsch. v. 23. Dec. 1856, Nr. 11961 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien vom 29. Febr. 1856, Nr. 49296, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien vom 19. August 1857, Nr. 7066). G. Z. 1857, Nr. 10, 11.

Am 13. November 1848 erwirkte eine Sparcasse auf das Haus des X die Pränotation von drei Wechseln zur Sicherstellung eines Capitals pr. 4000 fl. sammt Zinsen, Gerichtskosten und Nebengebühren, und sohin am 29. December 1848 die Einverleibung auf Grund der von X diesfalls am 28. December 1848 ausgestellten Justificirungserklärung. Am 7. December 1848 erwirkte die priv. österr. Nationalbank auf dasselbe Haus die Einverleibung einer von X ausgestellten Pfandverschrei-

bungsurkunde, und am 16. März und am 23. September 1854 die executive Einverleibung mehrerer wider X erlangten Zahlungsauflagen. Die Wechsel der Sparcasse wurden zur Verfallszeit nicht gezahlt; sie erwirkte daher am 15. Mai 1854 die wechselgerichtlichen Auflagen bezüglich des Capitales, der Protestspesen, der 6% Zinsen von den Verfallstagen der drei Wechsel, nämlich vom 19., 24. und 29. December 1848 an, und ließ diese Zahlungsauflagen am 9. Jänner 1855 bei der erwähnten justificirten Pränotation executiv einverleiben. Bei Vertheilung des Kaufschillings für das sohin executiv versteigerte Haus des X nahm die Sparcasse das Capital sammt Protestspesen, Gerichtskosten und 6% Zinsen seit dem Verfallstag der drei Wechsel in Anspruch. Die Bank erkannte die Priorität der Forderung der Sparcasse für Capital, Protestspesen und dann 6% Zinsen seit 15. Mai 1851 an, bestritt aber dieses Vorrecht für die 6% Zinsen für die Zeit von den Verfallstagen der drei Wechsel bis 15. Mai 1851, also für die am Tage der Zahlungsklage seit mehr als drei Jahren rückständig gewesenen Zinsen, indem sie sich unter anderem darauf berief, daß der §. 18 a. C. O. auch für Singular-Executionen angewendet werden müsse, weil sonst durch die Eröffnung des Concurses zugleich die Erlöschung von Pfandrechten erfolgen würde, indem ältere als dreijährige Zinsrückstände nur bei der Singularexecution, nicht aber auch bei der Universalexecution — dem Concurs — ein Pfandrecht hätten.

Die erste Instanz gab dem Ansprnch der Sparcasse statt, weil für die Anwendbarkeit der als specielle und Ausnahmsgesetze bestehenden Concursgesetze auf eine außer dem Concurs geführte Execution weder in dem später erschienenen materiellen Rechtsbuche noch in dem formellen Recht Anhaltspunkte seien.

Die zweite Instanz erklärte den Ausspruch der Sparcasse in Ansehung der von dem Verfallstage der Wechsel bis zum 15. Mai 1851 gelaufenen Zinsen für nicht zu Recht bestehend und zwar, so weit es sich um die Priorität der Zinsenrückstände handelt, aus folgenden Gründen: „Bei jeder Kaufschillingsvertheilung kommen zwei wesentlich verschiedene Momente zu unterscheiden, nämlich das Schuldverhältniß (die Liquidität) und das Vorrechtsverhältniß (die Priorität). Ersteres entsteht unmittelbar zwischen jenen und durch jene Personen oder ihre Vormänner, die sich in demselben zu einander befinden; letzteres entsteht nicht nur durch jene Personen, die sich in demselben befinden, sondern ohne ihr Zuthun dadurch, daß zwei ganz andere Personen unter sich in ein Schuldverhältniß kommen. Bei ersterem ist verpflichtetes Subject nur der Schuldner, bei letzterem ist jeder Gläubiger seinen Mitgläubigern gegenüber verpflichtet oder berechtigt. Object des ersteren ist die Erfüllung einer Verbindlichkeit, Object des letzteren ist Festsetzung einer Reihenfolge, in welcher ein Recht in Concurenz mit andern Rechten geltend gemacht werden soll. Ersteres hat es mit einem Rechte an sich, mit seiner Formalisirung, letzteres mit dem gegenseitigen Verhältniß der Durchfüh-

rung mehrerer Rechte unter sich zu thun, also mit der Execution formalisirter Rechte. Grund, Subject und Object beider Rechtsverhältnisse sind also wesentlich verschieden, daher kann auch nicht Jenes, was in dem Einen gilt, als auch in dem Andern geltend sofort und ohne weiteres erkannt werden. Die Frage, ob und in welchem Umfange einem Gläubiger ein Recht gegen seinen Schuldner zustehe (die Liquidität der Forderung), ist nur gegen den Schuldner auszutragen, weil nur zwischen ihnen oder ihren Vormännern das diesfällige Rechtsverhältniß entstand, weil nur sie als Subjecte in diesem Verhältnisse sich gegenüberstehen, weil das Object derselben nur das Bestehen oder Nichtbestehen, der Umfang u. s. w. eines Rechtes ist. Die Frage dagegen, in welcher Reihenfolge gegen den gemeinschaftlichen Schuldner bestehende Rechte zur praktischen Durchsetzung zu kommen haben (die Priorität der Forderungen), ist gegen die Mitgläubiger auszutragen. Dem Schuldner ist dies fremd; denn seine Verpflichtung besteht gegen jeden der Mitgläubiger, und wird weder in ihrem Bestande, noch in ihrem Umfange durch die Entscheidung der Frage berührt, welche dieser Leistungen an seinem Vermögen vor der andern durchgeführt werden solle; sein Wille ist hiefür völlig unentscheidend, und er kann keinem seiner Gläubiger den Anderen gegenüber und gegen diese wirksam ein Recht auf frühere Befriedigung geben oder nehmen, welches nicht schon für diesen Gläubiger bestand. Jeder Gläubiger hat für sich das Recht erworben, etwas vom Gemeinschuldner zu fordern; seine Mitgläubiger haben dabei weder mitgewirkt, noch wurden sie darüber gehört. Sie sind also durch eine für sie zufällige Ereignung in die Lage gekommen, daß auch noch andere Personen etwas gegen ihren Schuldner zu fordern haben. Dieser Umstand bringt Mitgläubiger dann und insofern unter sich in ein Rechtsverhältniß, als die Durchsetzung des einen oder andern der gegen den Schuldner bestehenden Ansprüche die Durchsetzung eines andern solchen Anspruches hindert, also das formalisirte Recht des Einen unter der Durchführung des Rechtes eines Anderen praktisch leiden soll, daher die Frage entsteht, wessen Recht durchgeführt werden und wessen Recht in der Durchführung weichen solle? Diese zufällige Ereigung ist also der Grund, auf welchem ein Rechtsverhältniß der Mitgläubiger unter sich entstand; die Folgen, welche dieser Zufall für die Rechte eines Jeden aus ihnen herbeiführte, können daher auch nur zwischen ihnen allein ausgetragen werden. Während die Verpflichtung des Schuldners gegen jeden aus ihnen in der Zahlung besteht, besteht die Verpflichtung der Mitgläubiger unter sich in der Gestattung früherer Rechtsdurchführung, also in der Duldung früherer Wegnahme des zu ihrer Befriedigung bestimmten Vermögens des Schuldners. Die Mitgläubiger suchen nämlich alle ihre Befriedigung aus einer und der nämlichen Sache, aus dem Vermögen des Schuldners. Jeder muß also den zu seiner Befriedigung nöthigen Theil dieser Sache wegnehmen. Wer bei einer Kaufschillingvertheilung etwas für sich in Anspruch nimmt, muß seinen Anspruch in jedem der dabei wie oben erwähnt zu verhandelnden,

wesentlich verschiedenen Rechtsverhältnisse ausführen; er muß also: 1) gegen den Schuldner ausführen, daß und was er aus dessen Vermögen zu fordern habe, und muß 2) gegen die Mitgläubiger ausführen, in welcher Reihenfolge er die Befriedigung für seine Forderung ihnen gegenüber aus dem Vermögen des Schuldners verlangen könne, inwieweit sie daher verpflichtet seien, die Vorwegnahme eines Theiles des Vermögens des Schuldners, ihrer auf dasselbe bestehenden Rechte ungeachtet, zu dulden. Erstere Ausführung hat, wie schon oben gesagt, nur die Formalirung eines Rechtes an sich zum Gegenstande. Letztere hat das gegenseitige Verhältniß mehrerer Rechte in der Durchführung unter sich zum Gegenstande. Daß die Erörterung der Rechte selbst bei der letzteren Ausführung nicht ganz ausgeschlossen sein kann, ist klar, weil ja eben ihr Entstehungsgrund, die Zeit und die Art ihrer Erwerbung u. s. w., mit einem Worte, ihre Beschaffenheit dasjenige ist, was die Grundlage des zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses bildet. Die Erörterung der Beschaffenheit eines Rechtes führt nothwendigerweise auf die Erörterung seines Bestehens oder Nichtbestehens anderen Rechten gegenüber, weil ja dann, wenn ein Verhältniß den Gegenstand der Untersuchung bildet, die Frage nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Fall eines Verhältnisses gar nicht vorhanden ist, indem einer jener Gegenstände, die zu andern in einem Verhältniß stehen sollen, diesen gegenüber nicht vorhanden sei. Die Ausführung des Rechtes gegen den Schuldner kann nicht sofort und ohneweiters auch hier als allein maßgebend und jede weitere Erörterung unbedingt ausschließend erkannt werden, um jenen Inhalt und Umfang festzustellen, den ein Recht gegen alle anderen Personen haben soll; denn einerseits sind, wie schon früher erwähnt wurde, die Verhältnisse des Gläubigers gegen seinen Schuldner in ihrem Grund, Subject und Object von jenen gegen einen Mitgläubiger verschieden, und vermag daher die einseitige Erklärung des Schuldners gegen einen seiner Gläubiger an den Rechten seiner Mitgläubiger nichts zu ändern, andererseits und ganz besonders aber würde sonst das blos persönliche Forderungsrecht gegen den Schuldner in ein dingliches umgewandelt werden; es würde der Forderung selbst die Natur eines dinglichen Rechtes beigelegt werden, da sie dem Gläubiger über das Vermögen des Schuldners ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustünde, und nicht blos zu diesem Vermögen gegen den Schuldner zustünde, sondern vielmehr über dieses Vermögen gegen Jeden die Forderung ausgeübt werden könnte, der Gläubiger also ein dingliches Recht über einen aliquoten Theil des Vermögens hätte, während er doch nur eine persönliche Forderung hat, und während doch nur das wegen der Forderung etwa bestellte Pfandrecht ein dingliches Recht ist, dieses Pfandrecht aber sich immer nur auf eine giltige Forderung bezieht, also das dingliche Recht des Gläubigers nur dann und insoweit besteht, als ihm eine giltige Forderung — daher ein giltiges persönliches Recht — zum Grunde liegt. Von der Erörterung der Giltigkeit dieses persönlichen Rechtes kann aber derjenige nicht ausgeschlossen werden, der

diesem persönlichen Rechtsverhältnisse bisher fremd war, jetzt aber in Folge einer zufälligen Ereignung durch dasselbe in seinem ganz gleichen Rechte benachtheiligt werden soll, indem es sich eben darum handelt, welche Personen und mit welchen Folgen sie ein solcher Zufall treffe. Er kann zwar nicht verlangen, daß das Bestehen eines solchen persönlichen Rechtes von Jenem, der im Besitze desselben ist, gegen ihn erwiesen werde, weil gegen ihn nur der Besitz eines persönlichen Rechtes wider den Schuldner behauptet wird, also nur die Duldung ungehinderter Ausübung dieses Besitzes gegen ihn verlangt wird. Doch muß ihm freistehen, die Natur eines solchen Besitzes, der gegen ihn als ein dingliches Recht ausgeübt werden soll, zu untersuchen, und insbesondere seinerseits die Unrechtmäßigkeit eines solchen Besitzes, und damit auch darzuthun, daß ein solcher unrechtmäßiger Besitz seinem eigenen rechtmäßigen Besitze eines gleichen Rechtes weichen müsse; es muß ihm daher freistehen, seinerseits den Beweis zu führen, daß ein solcher Besitz nicht als dingliches Recht zu Recht bestehe, weil die Grundlagen eines solchen dinglichen Rechtes entweder ursprünglich nicht vorhanden waren, oder in der Folge entfallen sind, weil durch einen einseitigen Act des Schuldners nur persönliche und nicht auch sofort dingliche Rechte begründet werden können, und weil es überhaupt Jedem, gegen den ein dingliches Recht ausgeübt werden soll, freisteht, die dingliche Eigenschaft eines solchen Rechtes zu bestreiten, und zu erweisen, daß der Besitz des Gegners seinem Umfange nach sich nur auf ein persönliches, nicht aber auf ein dingliches Recht erstrecke. Demnach steht der Bank frei, jene Grundlagen zu untersuchen, auf denen das persönliche Recht der Sparcasse beruht, welches die Sparcasse als Eigenthümerin der Forderung besitzt, und zu erörtern, ob dieser Besitz einer Forderung nur als ein persönliches Recht gegen den Schuldner bestehe, oder ob er in demselben Maße als dingliches Recht auch ihr gegenüber bestehe, d. h. den Umfang dieses Besitzes zu untersuchen. — Das Pfandrecht bezieht sich immer auf eine giltige Forderung. Es kann also auch der Umfang des Pfandrechtes als dinglichen Rechtes nicht größer sein, als der Umfang der Forderung, für die es bestellt ist. In eben dem Maße, als sich der Umfang der Forderung ändert, ändert sich daher auch der Umfang des darauf bezüglichen Pfandrechtes, und wenn die persönliche Forderung theilweise erlischt, erlischt in Ansehung eines solchen Theiles auch das Pfandrecht. Forderungen von rückständigen Zinsen erlöschen binnen drei Jahren; es erlischt daher in Ansehung solcher länger rückständigen Zinsen auch das Pfandrecht, dafern nicht entweder eine Unterbrechung der Verjährung das Erlöschen der Forderung selbst hindert, oder ein im Gesetze vorgesehener Ausnahmsfall eintritt (§. 1483 a. b. G. B.). Der §. 469 a. b. G. B. kommt hier nicht in Betracht, weil er nur von Tilgung der Schuld, nicht aber auch von anderen Erlöschungsarten der Schuld handelt. Daß uneingeklagte Zinsen nur drei Jahre gleiches Vorrecht mit dem Capital genießen, ist schon im niederösterr. Landtafelpatente vom Jahre 1758 ausgesprochen; eben diese Bestimmung

findet sich auch in der Concursordnung vom Jahre 1781. Das a. b. G. B. gab über Vorrechtsverhältnisse keine neuen Anordnungen, sondern hat im §. 470 für Concursfälle ausdrücklich auf die Concursordnung gewiesen, und im vierten Absatze des Kundmachungspatentes nur die auf Gegenstände des a. b. G. B. sich beziehenden älteren Gesetze außer Wirksamkeit gesetzt; es hat zwar im §. 438 a. b. G. B. das Entstehen von Vorrechtsverhältnissen normirt, besondere Bestimmungen über die Dauer und Erlöschung von Vorrechtsverhältnissen aber nicht gegeben. Dies war aber in Ansehung älterer als dreijähriger uneingeklagter Zinsenrückstände nicht nöthig, weil von Vorrechten nur zwischen bestehenden Rechten die Rede sein kann, nach dem Obigen aber jedes Pfandrecht eine giltige Forderung voraussetzt, diese aber für ältere als dreijährige Zinsenrückstände erlischt, daher, als über eine Einwendung einer Partei nicht mehr bestehend, auch nicht durch Pfand in der früheren Reihenfolge versichert sein kann. Die Bank hat die Verjährung des Rechtes der Sparcasse auf mehr als dreijährige Zinsrückstände eingewendet und damit die Nichtigerklärung des bisher der Sparcasse ihr gegenüber zugestandenen Vorrechtes nach §. 1499 a. b. G. B. verlangt. Die Sparcasse meint zwar, daß zu dieser Einwendung nur der Schuldner berechtigt gewesen wäre; allein sie übersieht hiebei die zweifache Natur des von ihr behaupteten Rechtsverhältnisses, nämlich des persönlichen Rechtes gegen den Schuldner und eines dinglichen Rechtes an seinem Vermögen. In Ansehung des Ersteren steht ihr allerdings nur der Schuldner, in Ansehung des Letzteren dagegen Jedermann gegenüber, gegen den dieses Recht zu dessen Nachtheil ausgeübt werden soll. Es ist daher auch jeder Solche berechtigt, ihr die Nichtausübung ihres Rechtes entgegenzusetzen und zu verlangen, daß das von ihr angesprochene Vorrecht nichtig erklärt werde."

Die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Da die Bank die Einverleibung der Pfandverschreibungsurkunde am 7. December 1848, die executive Einverleibung der Zahlungsauflagen für ihre Forderungen am 16. März und 23. September 1854 erwirkt hatte, während die executive Einverleibung der Zahlungsauflagen, welche der Sparcasse die Zinsen vom 19., 24. und 29. December 1848 an zusprachen, am 9. Jänner 1855 erfolgte.....: so ergibt sich, daß der Prioritätsstreit durch die Beantwortung der Frage gelöst werde, ob die Bestimmungen des niederösterr. Landtafelpatentes vom 24. November 1758, Art. 25, und des §. 18 a. C. O. vom Jahre 1781, welche nur den dreijährigen Zinsenrückständen gleiches Vorrecht mit der Capitalsforderung einräumen, auch bei der executiven Kaufschillingsvertheilung Anwendung zu finden haben? Das Oberlandesgericht hat bereits in erschöpfender Weise die Frage bejaht und den wesentlichen Unterschied zwischen der Liquidität und Priorität einer Forderung, und das in Bezug auf Letztere zwischen den auf eine und dieselbe Sache angewiesenen Pfandgläubigern bestehende Verhältniß hervorgehoben. Es wird nur noch bemerkt: Dieses Vorzugsrecht ist keineswegs im a. b. G. B.,

welches vielmehr im §. 470 geradezu auf die Executionsordnung hinweist, geregelt. Ist der Concurs eine Universalexecution, so erscheint die executive Kaufschillingsvertheilung eines bestimmten Pfandobjectes als ein partieller Concurs, und es müssen hiebei dieselben Grundsätze zur Geltung kommen. In der von der C. O. festgehaltenen Anordnung des Landtafelpatentes, daß den Interessen, wenn der Gläubiger solche bei dem Schuldner durch längere Zeit als drei Jahre freiwillig hat anschwellen lassen, nur auf drei Jahre das Vorrecht der Hauptsumme zu statten kommt, liegt ein wichtiger Factor des Realcredits; denn sobald die einfache Verzichtung oder Nichtgeltendmachung der Verjährung von Seite des Hauptschuldners oder seine Anerkennung vieljähriger Interessenrückstände genügen könnte, um diesen das gleiche Vorrecht mit der Capitalsforderung gegenüber späteren Hypothekargläubigern wirksam zu gewähren, würde, da jene leicht die Capitalsbelastung übersteigen könnten, wohl kaum nach älteren Posten ein neuer Geldgeber sich finden. Das Verhältniß des Schuldners zu dem einen mehr als dreijährigen Zinsenrückstand aus einer Anerkennung, oder wie hier, aus dem Urtheil beanspruchenden Gläubiger bleibt, jedoch nur unbeschadet der vor der grundbücherlichen Einverleibung eines solchen bereits liquidirten Anspruches eingetragenen anderen Pfandgläubiger, aufrecht. Dafür, daß die vom Oberlandesgerichte begründete Auffassung dem Geiste der österreichischen Gesetzgebung vollkommen entspreche, können wohl auch die neuesten, wenngleich nur für Ungarn u. s. w. erflossenen Anordnungen angeführt werden, nämlich: die ungarische C. O. vom 18. Juli 1853, Nr. 132 R. G. Bl. §. 12, die Verordnung über Verlautbarung und Führung der Grundbücher vom 15. December 1855, Nr. 222 R. G. Bl., §. 34, vorzugsweise aber die provisorische C. P. O. vom 16. September 1852, §. 560."

Nr. 259.

Verpfändung einer mehreren Schuldnern gemeinschaftlichen Sache für ihre getheilte (pro rata) Verbindlichkeit.

Entsch. vom 23. Dec. 1856, Nr. 12143 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des B. G. Wels vom 15. Juli 1856, Nr. 4627, und des O. L. G. Wien v. 30. Sept. 1856, Nr. 11756). G. Z. 1857, Nr. 31.

Die beiden Eheleute B und C schuldeten dem A aus einem eine Solidarverbindlichkeit nicht enthaltenden Schuldschein eine Summe von 1000 fl. Dieser Schuldschein wurde auf der den beiden Eheleuten gemeinschaftlich gehörenden Realität X intabulirt. Als es später zur executiven Feilbietung dieser Realität und zur Vertheilung des Kaufschillings kam, begehrte A, da die auf B entfallende Schuldhälfte aus dem für ihn sich

ergebenden Antheil des Kaufschillings nicht befriedigt werden konnte, daß er aus dem auf die C entfallenden Antheil bezahlt werde, weil ja das Pfandrecht für die Forderung pr. 1000 fl. auf der ganzen Realität gehaftet habe. Der oberste Gerichtshof erkannte gleich den unteren Instanzen auf Abweisung des Beschwerdeführers, „da A aus dem Schuldscheine vom 1. November 1852 an die C nur 500 fl. sammt Nebengebühren zu fordern hatte, da das erwirkte Pfandrecht auf die derselben gehörige Realitätshälfte und rücksichtlich auf die diese repräsentirende Meistbotshälfte nicht weiter als die Forderung selbst gehen konnte, und da A bei der Meistbotsvertheilung mit seiner Forderung, insoweit sie ihm gegen die C zustand, zur Genüge befriedigt wird."

Nr. 260.

Zulässigkeit der Pränotirung einer Forderung auf Grundlage eines Grundbuchsextractes.

Entsch. vom 23. Dec. 1856, Nr. 12483 (Best. des Bescheides des L. G. Brünn vom 29. April 1856, Nr. 5500, Abänd. des Decrets des O. L. G. Brünn vom 15. Juli 1856, Nr. 5157). G. Z. 1857, Nr. 39.

Nr. 261.

Erwirkung der Relicitation wider die Concursmasse des Erstehers.

Entsch. vom 24. Dec. 1856, Nr. 9344 (Best. des Urtheils des L. G. Vicenza vom 18. Dec. 1855, Nr. 10046, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 4. Juni 1856, Nr. 9827). Giorn. d. Giurispr. pr. 1857, S. 123 ff.

Nr. 262.

Annahme einer Klage, welche sich auf eine Forderung stützt, zu deren Eintreibung das Gesetz das Klagerecht versagt.

Entsch. v. 24. Dec. 1856, Nr. 10751 (Best. des den Bescheid des B. G. Modos vom 5. April 1856, Nr. 934, abändernden Bescheides des serb.-banater O. L. G. v. 8. Mai 1856, Nr. 2868). G. Z. 1857, Nr. 86.

A klagt gegen B auf Bezahlung einer Wettschuld. Die erste Instanz wies die Klage mit Berufung auf den §. 1271 a. b. G. B. als

gesetzwidrig zurück. Die zweite Instanz gab dem Recurse Folge und trug dem Bezirksgerichte die aufrechte Verbescheidung der Klage auf, „da die Klage keine der im §. 2 G. P. O. bezeichneten Gebrechen enthalte, und keine Gesetzstelle vorschreibe, daß derartige Klagen, wie die vorliegende, von Amtswegen zurückgewiesen werden müssen.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung des Oberlandesgerichtes „in Anbetracht, daß nur die im §. 2 G. P. O. bezeichneten, bei Gericht angebrachten Gesuche sogleich zurückgewiesen werden können, das Gesuch des A aber nicht zu jenen gehöre.“

Nr. 263.

Erklärung des Erblassers über das Eigenthumsrecht an einer in seinem Nachlasse befindlichen Sache. Zusammentreffen derselben mit dem Vermächtniß einer gleichen Sache zu Gunsten derselben Person.

Entsch. v. 24. Dec. 1856, Nr. 12086 (Best. des das Urtheil des B. G. Schärding v. 8. Mai 1856, Nr. 1895, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 15. Oct. 1856, Nr. 9807). G. Z. 1857, Nr. 18.

M hatte im §. 1 seines Testamentes seinem Neffen A und seiner Nichte X ein Legat von 2000 fl. in fünfprocentigen Metalliques ohne specielle Bezeichnung der Obligationen zu gleichen Theilen zugedacht, und auf ähnliche Art über weitere 7400 fl. in fünfprocentigen Obligationen verfügt. In seinem Nachlasse fanden sich 8300 fl. in fünfprocentigen Metalliques, darunter zwei mit den Nummern 73796 und 143131 à 1000 fl., und bei der ersteren ein vom Erblasser geschriebener und unterschriebener undatirter Zettel des Inhalts: „Diese Metallique-Obligation Nr. 73796 pro 1000 fl. zu 5% dd. 1. März 1817 ist das Eigenthum des A.“ Diese Obligation folgte der Erbe B dem A gegen Empfangsbestätigung sammt dem erwähnten Zettel aus, verweigerte aber die Auszahlung des von A noch überdies geforderten Legats einer Metallique-Obligation von 1000 fl., worauf dieser klagend gegen B auftrat. Die erste Instanz wies den Kläger ab; die zweite und dritte Instanz erkannten dem Klagebegehren gemäß, da sie von der Betrachtung ausgingen, „daß die Anerkennung des Eigenthumsrechtes des Klägers auf die Obligation Nr. 73796 gegen den Aussteller M und somit auch gegen dessen Erben (den Geklagten) vollen Beweis mache, daß daher der Kläger in Folge dieser Anerkennung als Eigenthümer obiger Obligation angesehen und die Verpflichtung des Geklagten als Erben des Ausstellers zur Herausgabe derselben an den Eigenthümer anerkannt werden müsse. Nun habe aber der Testator zu Gunsten des Klägers in seinem Testamente über

1000 fl. in fünfprocentigen Metallique-Obligationen verfügt, rücksichtlich diesem eine solche Summe in den gedachten Werthpapieren legirt, und die Ausfolgung dieses Legates sei eben der Gegenstand des vorliegenden Streites, indem Geklagter die Identität des Objectes dieser beiden erblasserischen Verfügungen behauptet, und die Befriedigung des Klägers durch den Empfangschein desselben über die Obligation Nr. 73796 darthun zu können glaubt. Es sei aber durchaus nicht erwiesen, daß beide Urkunden eine und dieselbe Summe von 1000 fl. in Metalliqueobligationen betreffen, weil in der einen eine mit Nummer und Datum bezeichnete Metallique-Obligation, also eine bestimmte Sache als Eigenthum des Klägers anerkannt, in der andern ein Legat von 1000 fl. in Werthpapieren derselben Gattung verschrieben wird, so daß selbst in dem Falle, als auch der bei der Obligation Nr. 73796 aufgefundene Zettel nur eine letztwillige Verfügung wäre, Kläger nach §. 660 a. b. G. B. nicht nur die Metallique-Obligation Nr. 73796, sondern auch 1000 fl. in fünfprocentigen Metallique-Obligationen anzusprechen hätte."

Nr. 264.

Verurtheilung aus einem anderen als dem in der Klage angegebenen Rechtsgrunde. — Unzulässigkeit der Compensation mit einer illiquiden Forderung.

Entsch. vom 30. Dec. 1856, Nr. 10344 (Best. des Urtheils der Prätur Verona v. 26. Jänner 1856, Nr. 1157, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 21. Mai 1856, Nr. 8742). G. Z. 1857, Nr. 44.

Am 13. Juni 1855 überreichte A gegen den Wirth B eine Klage folgenden Inhalts: „Anfangs December 1854 hat der Gegner von mir zwei Brenten Wein im Preise von je 10 Thalern erhalten; da er die Zahlung verweigert, bitte ich ihn zur Entrichtung von 20 Thalern sammt Nebengebühren zu verurtheilen." B stellte den Empfang des Weines nicht in Abrede, behauptete aber, es sei nicht ein Kaufgeschäft geschlossen worden, sondern der Sachverhalt sei vielmehr folgender: Er, Geklagter, habe dem A im December 1854 einige Localitäten zum Verschleiße von Wein vermiethet; A, durch Krankheit verhindert, die vermiethete Localität zu beziehen und selbst Wein auszuschänken, habe ihm hierauf zwei Brenten Wein geschickt mit dem Auftrag, ihn auf seine Rechnung um 1 Lira das Seitel zu verkaufen, was auch geschehen sei. Als nun A im März 1855 die Bezahlung des Weines begehrte, habe Geklagter verlangt, es solle sogleich Abrechnung wegen der schuldigen Miethe gepflogen werden, welche mit Anfang December begonnen habe; A habe jedoch die Miethe erst vom März 1855, als der Zeit seiner Genesung, gelten lassen

wollen. Der Geklagte behauptete nun, er sei erst dann zur Zahlungsleistung verpflichtet, wenn der seit Mai 1855 bei der Prätur erhobene Rechtsstreit über den Bestand der Miethe und die schuldige Leistung des Klägers aus dem Miethvertrage entschieden sein werde. Der Kläger stellte replicando in Abrede, daß der Weinverschleiß auf seine Rechnung geschehen und daß der Preis in die Miethe einzurechnen sei, da die Miethe noch gar nicht ins Leben getreten. Die erste Instanz erkannte dem Klagbegehren gemäß, da der Geklagte selbst zugestanden, er habe den Wein im Auftrage des Klägers um einen bestimmten Preis verkauft; er müsse demnach den Preis abliefern und könne sich auf seine Forderung aus dem Miethvertrage nicht berufen, da diese nicht liquid sei. Die zweite Instanz wies den Kläger ab, behielt ihm aber vor, seine Klage auf Rechnungslegung auf Grundlage des vollzogenen Weinverschleißes im geeigneten Wege einzubringen: Der Kläger, welcher selbst nach dem Geständnisse des Geklagten einen Anspruch auf den Erlös des Weines habe, befinde sich offenbar im Irrthum über den Titel seines Anspruches, welcher nicht im Kaufvertrage, sondern in der Verpflichtung des Geklagten zur Rechnungslegung zu finden sei. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Der Geklagte gesteht zu, vom Kläger zwei Brenten Wein im Preise à 10 Thaler, mit dem Limito 1 Lira pr. Seitel, erhalten, und um letzteren Preis verkauft zu haben. Ob der Wein als verkaufte Waare oder als zum Verschleiße anvertrautes Gut anzusehen wäre, ist hier gleichgiltig; jedenfalls ist die Schuld von 20 Thalern, welche doch geringer ist, als der limitirte Verkaufspreis, welcher sich aus der Berechnung einer Lira pr. Seitel ergibt, vollkommen liquid, und es steht ihr keine ebenso liquide Forderung entgegen. Der Kläger kann daher nicht zu einer neuerlichen Klage verhalten werden, sondern Geklagter mag leisten, was er offenbar schuldig ist, und es bleibt ihm überlassen, seine allfälligen Forderungen insbesondere klagbar zu machen."

Nr. 265.

Bestellung einer Widerlage oder Schenkung auf den Todesfall?

Entsch. vom 30. Dec. 1856, Nr. 12071 (Best. des das Urtheil des L. G. Como v. 29. April 1856, Nr. 5937, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 29. Aug. 1856, Nr. 8763). Gazz. d. Trib. 1857, S. 272, 273.

Die A läßt auf der Besitzung des B, ihres Schwiegervaters, eine von fremder Hand geschriebene, von B blos unterschriebene Urkunde pränotiren, worin dieser erklärt, er sei ihr 3000 Lire — zahlbar am Tage seines Todes — schuldig, die er ihr „aus Freigebigkeit bei Gelegenheit

ihrer Vermählung" mit seinem Sohne zugewiesen habe. In dem Proceß wegen Justificirung dieser Pränotation beruft sich nun B darauf, daß die Urkunde nicht einmal die äußere Form eines Schuldscheines habe und daß sie nur eine Schenkung auf den Todesfall enthalte, welche überdies nicht für unwiderruflich erklärt sei. Die Klägerin dagegen behauptete, es handle sich um die Bestellung einer Widerlage. Die erste Instanz entschied auch aus diesem Grunde für die Klägerin; die beiden höheren Instanzen dagegen sprachen sich für den Geklagten aus, weil lediglich eine Schenkung auf den Todesfall vorliege.

Nr. 266.

Besitzstörung durch einen Miteigenthümer.

Entsch. v. 30. Dec. 1856, Nr. 12172 (Best. des den Bescheid des B. G. Mistelbach v. 2. Juli 1856, Nr. 7980, abändernden Bescheides des O. L. G. Wien v. 7. Oct. 1856, Nr. 10591). G. Z. 1857, Nr. 53.

Die Gemeinde B und die Gutsherrschaft A befanden sich im gemeinschaftlichen Besitze einer großen und einer kleinen Viehtrift. Die Gemeinde B nahm später für sich allein eine Erneuerung der Grenzen mit den Anrainern vor, versah die Grenzen mit ihren alleinigen Markzeichen, und verpachtete einen Theil der Trift. Die Gutsherrschaft trat nach zufällig erlangter Kenntniß von dieser Vermarkung und Verpachtung gegen die Gemeinde mit der summarischen Besitzstörungsklage auf. Die erste Instanz wies das Klagbegehren ab, „in der Erwägung, daß der gemeinschaftliche, ungetheilte, factische Mitbesitz und Mitgenuß der zu B befindlichen großen und kleinen Trift von Seite der Gemeinde und Gutsherrschaft anerkannt ist, und in der Erwägung, daß dieses Besitz- und Genußverhältniß durch die von der Gemeinde vorgenommene einseitige Ausmarkung der großen Trift mit ihrem alleinigen Grenzzeichen, dann durch die von ihr weiters mit Außerachtlassung der letzten im Jahre 1822 einverständlich bewerkstelligten Grenzregulirung gleichfalls einseitig unternommene neue Bezeichnung der Grenzen der kleinen Trift, endlich durch die eigenmächtige Verpachtung kleiner, von der Gemeinde selbst zu jener Trift gerechneten Grundtheile allerdings verändert, folglich gestört worden ist."

Nr. 267.

Competenz zur Abhandlung eines Nachlasses, in welchem sich Montan-Entitäten befinden.

Entsch. v. 30. Dec. 1856, Nr. 12639 (Best. des Decrets des O. L. G. Graz v. 7. Oct. 1856, Nr. 6769). G. Z. 1857, Nr. 35.

Nach dem zu Aflenz am 20. August 1856 erfolgten Tode des M, Besitzers eines dortigen Hammerwerkes und Eigenthümers mehrerer im

Bergbuch zu Leoben eingetragenen Entitäten, entstand ein Competenzstreit über die Abhandlung seines Nachlasses, indem das Kreisgericht zu Leoben das Abhandlungsrecht auf Grund des §. 78 des Patentes vom 20. November 1852 in Anspruch nahm, während sich das Bezirksgericht zu Aflenz unter Berufung des §. 13 desselben Patentes zur Verlassenschaftsabhandlung für competent erklärte. Das Oberlandesgericht Graz erklärte das Kreisgericht zu Leoben als competent, und der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, „da der Grund, aus welchem im §. 78 der J. N. den Gerichtshöfen die Verlassenschaftsabhandlungen zugewiesen sind, wenn sich in der Verlassenschaft landtäfliche „„oder andere““ Güter befinden, worüber die öffentlichen Bücher bei einem Gerichtshofe geführt werden, in erhöhtem Maßstabe bei Montanentitäten zur Geltung kommt; da die Berggerichtsbarkeit an und für sich keineswegs nur als Realgerichtsbarkeit erscheint, wie schon die Einreihung nach dem Realgerichtsstande und nach der Handels- und Seegerichtsbarkeit in den Jurisdictionsnormen zeigt; daß daher, wenn auch der §. 66 im §. 78 nicht ausdrücklich citirt ist, die allgemein in Letzterem aufgestellte Regel zur Anwendung kommen muß.“

Nr. 268.

Vindication einer Erbschaftssache.

Entsch. v. 31. Dec. 1856, Nr. 12337 (Best. des Urtheils des B. G. Buje v. 17. Juni 1855, Nr. 3676, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Triest v. 25. August 1856, Nr. 2469). G. Z. 1857, Nr. 65.

Der am 9. März 1829 ohne Testament verstorbene M wurde von seinen fünf Kindern beerbt. M hatte unter anderm ein Grundstück besessen, welches er noch bei Lebzeiten mit seinem Sohne C in der Art theilte, daß er diesem die östliche Hälfte desselben zuwies, sich aber die westliche Hälfte vorbehielt. Dieses Grundstück war auch in die Inventur nach M aufgenommen worden, und C hatte damals die Inventur mit dem Beisatze unterfertigt, daß er alleiniger Besitzer desselben (zur Zeit der Inventurerrichtung) sei. Später kam dieses Grundstück in den Besitz des B und die Erben des M klagten mit Ausnahme des C im Jahre 1855 gegen ihn auf Herausgabe von $^{4}/_{10}$ des fraglichen Grundstückes, indem sie sich auf die Inventur beriefen. Der Geklagte bestritt die Beweiskraft des Inventars ihm gegenüber, sowie die Zulässigkeit der Vindication, da das Erbrecht nur einen Titel zur Erwerbung des Eigenthums gebe, und die Kläger einen Erwerbungsact nicht nachgewiesen hätten. Ferner behauptet er, das fragliche Grundstück von C gekauft zu haben, was jedoch die Kläger in Abrede stellten, und berief sich auf die Verjährung des Klagerechts nach §. 1479 a. b. G. B., indem er sich die Besitzzeit seines Vormannes C in

Anrechnung brachte. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß. Die zweite Instanz wies die Kläger ab. Die dritte Instanz bestätigte das erstrichterliche Urtheil in der Erwägung, „daß die Kläger durch die von C gefertigte Inventur einen giltigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums von $^4/_{10}$ des in der Klage bezeichneten Grundstückes nachgewiesen haben, daß der Geklagte aber nicht erweisen konnte, daß sein Besitz des fraglichen Grundes auf einen rechtmäßigen Titel sich stützte, dessen Vorhandensein die Kläger widersprachen, daß daher der Geklagte nach §. 372 und §. 373 a. b. G. B. den Klägern weichen müsse. Auch eine Ersitzung sei von des Geklagten Seite nachgewiesen worden, da er selbst den erwähnten Grund nicht durch 30 Jahre besitze und einen Besitz seines Vormannes, der bezüglich des in den Nachlaß gehörigen Antheils dieses Grundes unredlicher Besitzer gewesen, sich nicht anrechnen dürfe."

Nr. 269.

Verhältniß des Sublegatars zum Legatar und zum Erben.

Entsch. v. 31. Dec. 1856, Nr. 12524 (Best. des das Urtheil der Prätur Padua vom 10. April 1856, Nr. 2598, theilweise abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 24. Sept. 1856, Nr. 15774). G. Z. 1857, Nr. 77.

M berief in seinem Testamente seine drei Söhne Hieronymus, Dominik und Johann als Erben, legirte der geborenen und ungeborenen Nachkommenschaft beider letztgedachten Söhne seine Besitzung in x, dem Enkel Franz, Sohn des Dominik, seine Besitzung in y, endlich seiner Pflegerin während der letzten Krankheit, A, eine Jahresrente von 365 Lire mit dem Beisatze, daß die Nachkommenschaft seiner Söhne Dominik und Johann, in Ansehung der ihnen legirten Besitzungen nach Verhältniß des Werthes derselben jene Rente in 4 vierteljährigen, vorhinein zu entrichtenden Raten auszuzahlen habe, widrigens, wenn 20 Tage nach Verstreichung eines Termines die Rente nicht bezahlt wäre, A das Recht hätte, die legirten Besitzungen zur eigenen Fruchtnießung auf lebenslang zu begehren. Hieronymus und Johann, letzterer kinderlos, erklärten sich bedingt als Erben des väterlichen Nachlasses, Dominik aber schlug die Erbschaft aus. Der zur Vertretung der allfälligen Nachkommenschaft des Sohnes Johann bestellte Curator erklärte zu Protokoll, daß er von dem seinen Curanden angefallenen Legate verständigt worden sei. Dominik repräsentirte, da er unbefangen erschien, seine Nachkommenschaft selbst, gab aber ebensowenig eine Erklärung ab, ob er das Legat annehme oder nicht. Der Werth der legirten Besitzung x war 1936 Lire, jener der Besitzung y 3679 Lire, so daß nach Verhältniß des Werthes berechnet, auf erstere bei 125 Lire, auf letztere bei 239 Lire vom jährlichen Beitrage zu der an A zu entrichtenden Rente entfallen wären. A harrte umsonst durch

2 Jahre der Zahlung ihrer Rente und trat endlich klagbar auf, indem sie begehrte: 1) Dominik, als Vater und Vertreter des Sohnes Franz, Legatars der Besitzung y, sei schuldig, die verfallene Rente im Theilbetrage von 251 Lire; 2) derselbe in gleicher Eigenschaft, ferner als Repräsentant seiner allfälligen weiteren Nachkommen, nnd der Curator der eventuellen Nachkommen des Johann seien schuldig, die verfallene Rente von 478 Lire bezüglich der legirten Besitzung x zu bezahlen; 3) für den Fall, als die Legate noch nicht zugewiesen sein sollten, seien Johann und Dominik, als die Administratoren der legirten Besitzungen und deren Fruchtnießer, schuldig, die verfallenen 8 Raten der Jahresrente mit 730 Lire zu entrichten. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab aus dem Grunde, weil bei der Berechnung der Antheile an der zu bezahlenden Rente die Besitzung y nicht im Verhältnisse zu den übrigen Besitzungen betheiligt, somit die Ziffer willkürlich bestimmt erscheine; es wurde in den Motiven übrigens anerkannt, daß die Verständigung von dem Legate zur Verpflichtung des Legatars gegenüber dritten Personen genüge, wenn nicht eine ausdrückliche Verzichtleistung erwiesen werde. Eine directe Klage gegen die außerhalb aller Rechtsbeziehung zur Klägerin befindlichen Administratoren der Besitzungen stehe aber der A nicht zu; sie müsse deßhalb gänzlich abgewiesen, ihr jedoch vorbehalten werden, ihre Klage auf geeigneten Grundlagen einzubringen. Die zweite Instanz bestätigte die erstrichterliche Entscheidung in den zwei ersten Punkten des Klagebegehrens, gab aber dem dritten Punkte unbedingt und vollständig statt, nur daß die Verzugszinsen blos vom Tage der Zustellung der Klage zuerkannt wurden. Das Recht der Klägerin erschien nämlich der zweiten Instanz mit Rücksicht auf §. 684 a. b. G. B. unzweifelhaft. „Es könne dem Sublegatar nicht verwehrt werden, sein Legat von dem im Besitze der legirten Sache befindlichen Erben zu begehren, auch wenn das Legat dem Legatar noch nicht überantwortet worden; es ergebe sich dies aus der Analogie des §. 650 a. b. G. B. und aus der Erwägung, daß sonst eine Verabredung zwischen dem Erben und Legatar die letztwillige Anordnung in Bezug auf den Sublegatar unwirksam machen könnte; daß der Werth der legirten Sache durch die aufgetragene Leistung überwogen wird, könne den Legatar von letzterem nicht befreien, er müßte denn die Sache selbst der Klägerin überlassen. Eine derartige Cession könnte aber ihre Rechtswirkungen erst vom Tage des Vollzugs datiren. Wenngleich also die Klägerin Mangels des Beweises, daß die Legatare die legirten Besitzungen angenommen haben, mit den ersten Theilen des Klagebegehrens sachfällig werden mußte, so erscheint ihr Anspruch gegen die Verwaltung des Nachlasses vollkommen gegründet; es ist von den Geklagten nicht ausdrücklich in Abrede gestellt worden, daß sie den Nachlaß übernommen haben, und Johann hat sich als Erbe erklärt; er und Dominik müssen somit solange als Administratoren des Gesammtnachlasses gelten, als sie nicht das Gegentheil zu beweisen im Stande sind, und es entfällt jede Nothwendigkeit über die zu leistenden Antheile zu streiten, weil die Ge-

sammtleistung unzweifelhaft ist, und der Nachlaßverwaltung obliegt.“ Auf die Revisionsbeschwerde des Geklagten bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz. Daß der Anspruch der Klägerin auf die verfallenen Raten der legirten Rente zu Recht bestehe, erklären die Motive als zweifellos (§. 687 a. b. G. B.). „Die Geklagten müssen insolange als Administratoren der ihren Nachkommen legirten Besitzungen gelten, als sie nicht einen positiven Umstand erweisen, der ein gesetzliches Hinderniß ihrer Verwaltung bildet (§. 149 a. b. G. B.); es war Pflicht der Geklagten, sich in den Genuß der legirten Besitzungen zu setzen; haben sie es unterlassen, so kann dies dem Sublegatar nicht zum Nachtheile gereichen, welchem sie im Sinne des §. 650 und des §. 689 a. b. G. B. verpflichtet bleiben, so lange das Legat nicht ausgeschlagen worden ist. Angenommen aber, die legirten Besitzungen seien vom Nachlasse noch nicht ausgeschieden, und ebenso die Renten davon bisher in dem Nachlasse cumulirt worden, so wäre dennoch das Klagebegehren wohl gegründet, denn der Nachlaß erscheint gesetzlich schon durch die Person eines Erben, hier des Sohnes Johann, repräsentirt (§. 550 a. b. G. B.), und sein Bruder Dominik erscheint mit Beziehung auf die specielle Bestimmung der legirten Besitzungen und in Ansehung seiner Verbindlichkeit zur Administration derselben im Interesse seiner Nachkommen als Correalverpflichteter.“

1857.

Nr. 270.

Erbunfähigkeit der Mitglieder eines geistlichen Ordens.

Entsch. vom 7. Jänner 1857, Nr. 12809 (Best. des den Bescheid des B. G. Lietzen v. 29. Sept. 1856, Nr. 1082, abänd. Bescheides des O. L. G. Graz v. 18. Nov. 1856, Nr. 8068). G. Z. 1857, Nr. 30. Giorn. di Giurispr. pr. 1857, S. 216. ff.

Im Jahre 1855 starb die M ohne Testament mit Hinterlassung ehelicher Kinder, von denen eines, A, zur Zeit ihres Todes bereits die Profeß abgelegt hatte. Das Stift überreichte bei der Abhandlungsinstanz anstatt des Capitulars A die Erbserklärung in Ansehung der auf ihn entfallenden Quote, indem es mit Berufung auf das Concordat vom Jahre 1855 die Behauptung aufstellte, daß die Bestimmung der Ordensregel und des canonischen Rechts, wornach der Orden anstatt der erbunfähigen Ordensmitglieder das Erbrecht zu erwerben berechtigt sei, nunmehr auch in Oesterreich zu gelten habe. Auf den gegen die Annahme der Erbserklärung eingebrachten Recurs wurde die Erbserklärung des Stiftes vom Oberlandesgerichte verworfen. Diese Entscheidung des Oberlandesgerichtes bestätigte der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Durch die Artikel XXIX und XXXV des österreichischen Concordates sind die staatlichen Amortisationsgesetze aufgehoben, und in Betreff der Fähigkeit zu Vermögenserwerbungen die Kirche und die geistlichen Gemeinden allen anderen Personen wieder gleichgestellt worden. Hierin liegt aber nicht die Aufhebung auch jener Staatsgesetze, welche die Erwerbsunfähigkeit der Ordensmitglieder statuiren; namentlich ist dadurch auch nicht das Hofdecret vom 23. März 1809, Nr. 887 J. G. S., aufgehoben, welches bestimmt, daß selbst die von den Amortisationsgesetzen befreiten Ordensinstitute im Namen der Professen auf einen Pflicht- oder Intestaterbantheil derselben keinen Anspruch haben, noch dasjenige für sich erwerben können, was den einzelnen Personen zugedacht worden sein mag. Das österreichische Concordat befreite die Kirche von der Herrschaft der weltlichen Gesetze in allen rein kirchlichen Sachen, d. i. in jenen Angelegenheiten, die sich auf Gegenstände der kirchlichen Lehre, des Cultus, der Sacra-

mente beziehen. Ebenso mag das Dispositionsrecht der Kirche und der geistlichen Gemeinden über ihr Vermögen, das Recht der Verwaltung und Verwendung desselben nunmehr auch in Oesterreich nur dem Kirchengesetze unterliegen. Alle Fragen aber über die rechtliche Natur der Objecte des Kirchenvermögens, über Erwerb und Besitz desselben, gehören nach wie vor dem Privatrechte des Staates an, nach dessen Normen sie zu entscheiden sind, und in Betreff solcher nicht kirchlicher, sondern rein privatrechtlicher Fragen bleibt die Kirche und die geistliche Gemeinde dem allgemeinen Gesetze des Staates fortan unterworfen. Mitglieder geistlicher Orden sind durch die Profeß erwerbsunfähig, nicht nur nach österreichischem, sondern auch nach dem Kirchengesetze. Daß aber Personen, welche wegen ihrer Erwerbsunfähigkeit ein gesetzliches Erbrecht nicht haben, ein solches auch nicht auf andere Personen übertragen können, ist eine Norm des allgemeinen, das Privatrecht regelnden Gesetzes (§§. 537, 538 a. b. G. B.)."

Nr. 271.

Rechtliche Natur einer in baarem Gelde geleisteten Caution, über welche zu verfügen dem Empfänger vertragsmäßig gestattet ist.

Entsch. v. 8. Jänner 1857, Nr. 12782 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 29. Februar 1856, Nr. 56307 abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1856, Nr. 9240). G. Z. 1857, Nr. 38.

Der Pächter A hatte der Verpächterin B zur Sicherstellung der aus dem Pachtvertrage entstehenden Verbindlichkeiten eine Caution von 10.0000 fl. in der Art geleistet, daß die B berechtigt sein sollte, über diese Summe gegen 5% Verzinsung zu verfügen. Als später der Concurs über das Vermögen des A ausbrach, begehrte der Concursmassevertreter von der Verpächterin die Zahlung, respective den gerichtlichen Erlag des Cautionsbetrages pr. 10.000 fl. Die erste Instanz gab diesem Begehren in der Hauptsache statt, indem sie die fragliche Caution nach den für das Pfandrecht geltenden Grundsätzen behandelte. Die zweite Instanz wies das Klagebegehren gänzlich zurück aus folgenden Gründen: „Eine Caution, welche Jemanden zur Deckung allfälliger Forderungen in baarem Gelde übergeben wird, hat zwar allerdings mit eeinem Pfande Aehnlichkeit; es können aber diesfalls nicht alle Bestimmungn, welche in Rücksicht auf die mit einer Pfandbestellung sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, auf eine solche Caution in Anwendung gebracht werden. Die Richtigkeit dieser Bemerkung ergibt sich schon aus der Anordnung des §. 461 a. b. G. B., welcher doch offenbar auf Cau-

tionen, die in baarem Gelde gegeben werden, nicht angewendet werden kann. Es besteht nicht einmal eine wirklich ausgesprochene Vorschrift darüber, daß der Gläubiger sein Handpfand vor Berichtigung seiner Schuldforderung in die Concursmasse zurückzustellen verpflichtet sei. Allein diese Verpflichtung des Gläubigers ist wohl in der Natur einer Concursverhandlung, deren Aufgabe es ist, das gesammte Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe ihres Vorrechtes gegen einander zu verwenden, gegründet. Der Cridatar ist immer Eigenthümer des Handpfandes und der Gläubiger hat kein anderes Recht, als seine Befriedigung aus dem Pande zu verlangen, was in Folge des §. 461 a. b. G. B. nur durch Veräußerung des Handpfandes geschehen kann. Daraus folgt, daß er sein Handpfand als ein Eigenthum des Cridatars der Concursmasse einhändigen müsse, weil insoferne er durch Veräußerung desselben seine Befriedigung erlangen kann, der Rest zur Vertheilung unter den übrigen Gäubigern verwendet werden muß. Ganz anders verhält es sich mit der Caution, welche zur Sicherstellung allfälliger Forderungen in baarem Gelde übergeben worden ist, und in Ansehung deren ihm das Befugniß zugestanden ist, dasselbe als Darlehen zu benützen; denn dieses von dem Cridatar als Caution übergebene baare Geld ist kein Eigenthum des Cridatars. Derjenige, dem dieses Geld übergeben wurde, kann willkürlich darüber verfügen, und ist nur persönlich verpflichtet, seiner Zeit jenen Betrag zu vergüten, welcher nach Abzug jener Forderungen, für die ihm dieses Geld als Caution übergeben ist, noch erübrigt. Ein ausgedehnteres Recht kann auch der Concursmasse nicht zugesprochen werden. Da Jeder, der Forderungen an eine Concursmasse anzusprechen hat, verpflichtet ist, dieselben bei der Concursmasse zu liquidiren, und da in diesem Wege über die Richtigkeit dieser Forderungen das Urtheil zu fällen ist, so kann auch in dem Falle, als zur Sicherstellung allfälliger Forderungen Jemanden eine Summe Geldes eingehändigt worden ist, nur dann auf Rückstellung der Caution eine Klage angestellt werden, wenn über die Liquididät dieser Forderungen rechtskräftig erkannt worden ist, weil sich nur dann ergibt, ob und welchen Betrag derjenige, der diese Caution erhalten hat, zu bezahlen rechtlich verbunden ist.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des Obergerichtes in der Erwägung, „daß der dem Pfandnehmer gestattete Verbrauch der als Pfand gegebenen Sache von Seite des Empfängers die Natur des Pfandes zerstört (§. 459, §. 1371 a. b. G. B.). Eben deßhalb ist die Verwahrung einer Summe als Pfand am dritten Orte, der gerichtliche Erlag im Wechselverfahren, die Deponirung baarer Dienstcautionen in dem Staatsschuldentilgungsfonde (nach dem Hofdecrete vom 10. März 1837, Nr. 182 und vom 14. Februar 1838, Nr. 256, dann vom 21. October 1840, Nr. 470 J. G. S.) wesentlich verschieden von der dem sicherzustellenden Contrahenten selbst zum Verbrauche behändigten Cautionssumme. In letzterem Falle entsteht lediglich die vertragsmäßige Obligation des Empfängers, bei Auflösung des Ver-

trages dieses Capital dem Cautionsleister aber auch nur dann und insoferne zurückzustellen, als die Vertragsansprüche, für welche jene Summe ihm behändigt war, befriedigt wurden. Der Cautionsleister, respective die Concursmasse, hat allerdings dieses beschränkte Capitalsrückforderungsrecht. Diese Forderung gehört in das Activum der Concursmasse, aber deren Geltendmachung hängt von dem Eintritte der Bedingung ab, daß der Empfänger die erwähnte Befriedigung erhalten, oder nichts zu verlangen habe, und die Nachweisung derselben von dem Ausgange der diesfalls von ihm gegen die Concursmasse erhobenen Klagen. Es ist daher von seiner Seite nicht von Retention eines erhaltenen Pfandes, sondern von der Einwendung, daß er (unbeschadet der Verzinsung) noch nicht zur Zahlung, respective Rückvergütung verpflichtet sei, die Rede."

Nr. 272.

Unzulässigkeit der Concurseröffnung auf die bloße Annahme einer gesellschaftlichen Geschäftsverbindung mit einem Cridatar.

Entsch. vom 8. Jänner 1857, Nr. 64 (Aufhebung der gleichförmigen Bescheide des B. G. Baden vom 28. Sept. 1856, Nr. 6600, und des O. L. G. Wien v. 6. Nov. 1856, Nr. 14433). G. Z. 1857, Nr. 57.

Nr. 273.

Verfahren über das Gesuch um Aufhebung des Personalarrestes wegen erfolgter Concurseröffnung.

Entsch. vom 8. Jänner 1857, Nr. 65 (Best. des den Bescheid des B. G. Baden v. 13. Oct. 1856, Nr. 7042, abändernden Bescheides des O. L. G. Wien v. 6. Nov. 1856, Nr. 14432). G. Z. 1857, Nr. 55.

Nr. 274.

Beweis der Echtheit eines Testamentes. Indicienbeweis.

Entsch. v. 13. Jänner 1857, Nr. 9361 (Best. der gleichlautenden Urtheile des L. G. Mailand vom 28. Febr. 1856, Nr. 11588, und des O. L. G. Mailand vom 7. Juni 1856, Nr. 6252). G. Z. 1857, Nr. 53. Gaz. d. Trib. 1857, S. 482 ff. 490 ff.

Am 13. April 1838 starb zu Mailand der unvereheliche reiche M. Da sich trotz der sofort angestellten, mit aller Umsicht gepflogenen Nach-

forschung eine letztwillige Erklärung nicht vorfand, wurden die gesetzlichen Erben mittelst Edictes zur Geltendmachung ihrer Erbansprüche aufgefordert. 2½ Jahre nach dem Tode des Erblassers, während die Abhandlung des Nachlasses noch im Zuge war, erhielt die Administration des Hospitals zu Mailand einen anonymen Brief, worin der Einsender bemerkt, er habe bisher die Beilage vorenthalten, nun dränge ihn aber sein Gewissen, das Unrecht wieder gut zu machen. Die Beilage bestand aus einem schmutzigen, zerknitterten Zettel, enthaltend eine letztwillige Erklärung des M, von ihm geschrieben und unterschrieben, worin das Hospital zu Mailand als Erbe eingesetzt wird, und zu Gunsten einer andern gemeinnützigen Anstalt, zweier Freunde und der Dienstboten Legate angeordnet werden. Gegen das sich nunmehr erbserklärende Hospital und gegen die Legatare traten die bisherigen Erbschaftsprätendenten vereint auf, behaupteten die Unechtheit des Testaments und stellten das Begehren: „Die producirte, irrig dem M als Testament zugeschriebene Urkunde sei falsch und ohne Rechtswirkung für die darin eingesetzten Erben und Legatare." Durch gleichförmige Entscheidungen der beiden unteren Instanzen wurde anerkannt, daß die Beweislast in Ansehung der Echtheit des Testamentes die Geklagten, d. i. die im Testament Bedachten treffe. Die Geklagten führten den Beweis durch Kunstverständige über die Echtheit der Schrift an sich und im Vergleich mit anderen in unbestrittener Echtheit beigebrachten Handschriften des Erblassers; sie führten ferner mit dem Erblasser genau bekannte Personen als Zeugen darüber an, daß M die nun zum Vorschein gekommenen entfernten Verwandten nie erwähnt habe, daß er sich wiederholt geäußert, er habe testirt, er habe die im Testament bezeichneten Anstalten und Personen bedacht; daß er auf kleine abgerissene Zettel, ja selbst auf abgenützte, schmutzige Papierschnitzel wichtige Dinge aufzuzeichnen pflegte; daß er zu den meisten Legataren in einem befreundeten Verhältniß gestanden und ihnen bei verschiedenen Gelegenheiten gesagt habe, daß er sie bedenken und das Hospital zu seinem Erben einsetzen wolle. Die Kläger dagegen erboten sich durch Zeugen nachzuweisen, daß der Erblasser jeder Testirung abhold gewesen sei, ja ein Testament als eine Immoralität bezeichnet habe; sie beantragten ferner den Kunstbefund durch Chemiker darüber, daß die auf dem Papiere der Urkunde befindlichen Flecken und die Farbe des Papiers dessen Präparirung vor der Ueberschreibung darthun, ferner den Kunstbefund durch Kalligraphen, daß auf dem Papiere Spuren überschriebener Bleistiftzeichen vorhanden seien. Die Beweise wurden zugelassen und durchgeführt. Das Ergebniß der Beweisführung der Geklagten war vollkommen günstig, während die Beweisführung der Kläger ungenügend ausfiel. Die beiden ersten Instanzen wiesen daher die Kläger mit ihrem Begehren ab. Der ergriffenen außerordentlichen Revisionsbeschwerde gab der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen nicht statt: „Von den unteren Instanzen sind alle entscheidenden Momente vollständig und in ihrem wechselseitigen Zusammenhange mit aller Gründlichkeit erwogen worden; das Gutachten der Sach-

verständigen, unterstützt von der Aussage der Mehrzahl der Zeugen, über die Echtheit der Handschrift des Erblassers hat die richterliche Ueberzeugung von der Echtheit des Testamentes begründet; der Anblick, der Zustand, die äußere Form des Materials, worauf das Testament geschrieben, obwohl der gewöhnlich mit derlei Urkunden verbundenen Förmlichkeiten ermangelnd, lassen im Hinblick auf die sichergestellten Eigenthümlichkeiten des M und die allseitig aufgeklärten Verhältnisse an der Echtheit der Urkunde keinen Zweifel, ja sie drücken ihr ein eigenthümliches Gepräge der Authenticität auf; das geheimnißvolle Hervorkommen der Urkunde steht ihrem Bestande nicht entgegen; es ist auch kein Grund vorhanden, anstatt eines reuigen Besitzers der Urkunde einen wegen des zu hoffenden Vortheils von einem Erben gespielten Betrug anzunehmen; die Beweise der Kläger führten zu keinem Ergebnisse, wodurch dem erwiesenen Gegentheil Abbruch geschehen könnte; vielmehr hat sich aus der gründlichen Combination aller erwiesenen Umstände ergeben, daß der Erblasser auf die seiner Individualität entsprechende Weise testirt, und jene Personen bedacht habe, deren Verhältniß zu ihm eine solche Wahl allerdings rechtfertigt. Den unterrichterlichen Entscheidungen kann daher mit Grund kein Vorwurf, ja nicht einmal der Verdacht der Ungerechtigkeit entgegengesetzt werden."

Nr. 275.

Erheblichkeit der Beweismittel als Erforderniß der Restitution ob noviter reperta.

Entsch. v. 13. Jänner 1857, Nr. 12468 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia v. 10. Juli 1856, Nr. 5893, aufhebenden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 5. Sept. 1856, Nr. 10179). G. Z. 1856, Nr. 42.

Auf Grundlage neu aufgefundener Urkunden, deren Erheblichkeit jedoch der Gegner in Abrede stellt, wurde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt. Die erste Instanz gab dem Restitutionsbegehren statt, in der Erwägung, „daß die Erheblichkeit einer Urkunde im Restitutionsprocesse nicht so streng zu beurtheilen sei, als ob dieselbe vollkommen beweisend sein müßte; dies hieße die Entscheidung in der Hauptsache einengen; es genüge vielmehr, daß die neuen Behelfe mit den Bedingungen der Beweiskraft versehen sind, und einen solchen Zusammenhang mit der Hauptsache erkennen lassen, daß ein Einfluß auf dieselbe leicht möglich ist." Die zweite Instanz wies das Begehren aus folgenden Gründen ab: „Die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel, eingeführt, um das Recht nicht unter der Form leiden zu lassen, ist wohl nicht durch einen ganz concludenten Beweis jener Urkunden bedingt, die bei Entscheidung des Processes nicht vorgelegen haben, allein ihr

Inhalt muß wenigstens in dem Richter die Ueberzeugung wecken, daß sie einen wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung des Processes gehabt hätten; anders vorgehen, hieße das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution ungebührlich erweitern und die Billigkeit verletzen, welche für den ruhigen Besitz desjenigen spricht, der die res judicata für sich hat." Der oberste Gerichtshof bestätigte den Ausspruch der zweiten Instanz aus nachstehenden Motiven: „Die Restitution ob noviter reperta kann gemäß §. 477 ital. G. O. (§. 373 a. G. O.) nur begehrt werden, so lange das Recht selbst nicht verjährt ist; hierunter muß jenes Recht verstanden werden, welches den Gegenstand des Hauptprocesses abgab, nicht etwa das Recht zur Restitution, weil sonst die G. O. nicht die Verjährung im Allgemeinen als Grenze aufgestellt hätte, wie diese nur im a. b. G. B. normirt erscheint, sondern selbst und ohne Unterscheidung die Frist hätte bezeichnen müssen. Eine Unterbrechung der Verjährung konnte nicht stattfinden, weil die Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist.... Es müßten die neuen Beweismittel, sollen sie als erheblich gelten, sämmtliche Abweisungsgründe umzustoßen geeignet und müßte dies schon jetzt dem Richter erkenntlich sein. Die vorgelegten Urkunden eignen sich aber in beiden Beziehungen hiezu nicht, ... es mußte daher in Wahrnehmung der Unerheblichkeit der neuen Beweismittel im Sinne des §. 476 ital. G. O. (§. 372 a. G. O.) die Entscheidung der zweiten Instanz bestätigt werden."

Nr. 276.

Berechtigung zur Aufhebung des Vertrages beim Verfall des Angeldes.

Entsch. v. 13. Jänner 1857, Nr. 236 (Best. des das Urtheil des Wiener Handelsgerichtes v. 18. August 1856, Nr. 38890, theilweise abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 17. Nov. 1856, Nr. 12118). G. Z. 1857, S. 61.

A hatte mit B einen Vertrag des Inhalts abgeschlossen, daß dieser ihm in der Woche vom 18. bis 26. November 1855 eine Partie Waaren liefere; bei Ausfertigung des Schlußbriefes gab er 200 fl. CM. Angeld, und später zahlte er dem B auf Verlangen 400 fl. a conto. B lieferte nicht zur festgesetzten Zeit. A erhob hierauf gegen B eine Klage mit dem Begehren: B sei schuldig, das doppelte Angeld mit 400 fl. und die a conto geleisteten 400 fl., also zusammen 800 fl. sammt Verzugszinsen vom Klagtage an und die Gerichtskosten zu bezahlen. Die erste Instanz erkannte: der Geklagte sei schuldig, das doppelte Angeld sammt 4% Zinsen vom Klagtage an gerechnet zu bezahlen, wies aber den Kläger mit dem andern Theil seines Begehrens aus folgenden Gründen ab:

„Gemäß §. 908 a. b. G. B. muß derjenige, welcher den Vertrag nicht erfüllt hat, das doppelte Angeld zurückstellen; dieses Gesetz räumt dem Paciscenten ferner das Recht ein, auf die Erfüllung des Vertrages zu dringen, nicht aber dessen Aufhebung und sohin die Rückstellung des seinerseits in theilweiser Erfüllung des Vertrages bezahlten Kaufschillings zu begehren. Es bleibt vielmehr in diesem Falle bei dem im §. 919 a. b. G. B. aufgestellten Grundsatze, daß bei nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages einerseits, der andere Theil die Aufhebung des Vertrages nicht begehren könne." Die zweite Instanz änderte dieses Urtheil ab, und gab dem Klagebegehren in seinem vollen Umfange aus folgenden Gründen statt: „Der Umstand, daß der Vertrag aus Verschulden des Geklagten in der vertragsmäßigen Zeit nicht erfüllt wurde, ist.... für wahr zu halten. Daß unter solchen Umständen dem Kläger, als der schuldlosen Partei, nach §. 908 a. b. G. B. das Recht zustehe, einseitig von dem Vertrage abzugehen, kann schon deßhalb keinem Zweifel unterliegen, weil der §. 908 a. b. G. B. ihm gestattet, das Angeld zurückzufordern, welches aber nur zum Zeichen der Abschließung des Vertrages gegeben wurde, und dessen Zurückstellung daher auch als ein Zeichen der Aufhebung betrachtet werden muß. Daraus folgt nun allerdings, daß der Kläger, welcher abzugehen erklärte, unter solchen Umständen nach §. 908 a. b. G. B. einen Ersatz für die ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages etwa noch erwachsenden Nachtheile nicht mehr begehren kann, indem der erwähnte Paragraph ihm nur die Wahl der einen oder der anderen Alternative freistellt, er daher bei der Wahl der ersteren nothwendig auf die zweite, nämlich auf die nachträgliche Vertragserfüllung oder Ersatzleistung, verzichten muß. Allein eben, weil er nach dem ihm zustehenden Befugnisse die Auflösung des Vertrages verlangt, und der erste Richter dieses Begehren auch als rechtlich begründet anerkannt hat, indem ihm das doppelte Angeld zugesprochen wurde: kann ihm auch die verlangte Zurückstellung des a conto geleisteten Betrages von 400 fl. nicht verweigert werden, weil dieser Betrag dem Geklagten auch nur zu dem Zwecke der Vertragserfüllung gegeben wurde, und derselbe sich daher nach erfolgter Aufhebung des Vertrages ohne Rechtstitel in den Händen des Geklagten befindet." Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Es kommt §. 908 a. b. G. B., welcher klar einen der im §. 919 erwähnten, vom Gesetze bestimmten Fälle bildet, zur vollen Anwendung. Die Rückforderung des doppelten Angeldes kann zwar nur dann eintreten, wenn wie hier die schuldlose Partei sich damit begnügt, und weder auf die Erfüllung des Vertrages, noch auf Ersatz dringen will, andererseits ist aber durch die von der Gegenpartei verschuldete Nichterfüllung das fernere Rückforderungsrecht des schuldlosen Theiles auf Alles, was er außer dem Angelde schon geleistet, und was jene sine causa in Händen hat, nicht im entferntesten in Zweifel gestellt, weil dieses nicht ein Ersatz für die

Nichterfüllung des Vertrages, sondern die nothwendige Folge der Frustrirung ist.“

Nr. 277.

Einverständliche Zurückdatirung einer Versicherungpolizze.

Entsch. v. 14. Jänner 1857, Nr. 12786 (Best. des das Urtheil des L. G. Lodi vom 15. Juli 1856, Nr. 1617, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 3. Oct. 1856, Nr. 11103). Gaz. d. Trib. 1858, S. 171 ff.

Nr. 278.

Executionsführung wider den Ersteher der executiv feilgebotenen Pfandsache auf Grund eines wider den ursprünglichen Besitzer derselben erwirkten Urtheils.

Entsch. vom 14. Jänner 1857, Nr. 84 (Best. des Bescheides des B. G. Botzen v. 29. Sept. 1856, Nr. 10415, Abänd. des Decretes des O. L. G. Innsbruck v. 29. Oct. 1856, Nr. 4130). G. Z. 1857, Nr. 43.

Wider die N war ein für A auf ihrer Wiese pfandrechtlich sichergestellter Betrag von 1000 fl. R. W. eingeklagt und sie zur Zahlung verurtheilt worden. Als darauf diese Realität wegen einer anderen von A eingeklagten Schuld executive feilgeboten ward, erstand sie B, welchem jene 1000 fl. R. W. mit Decret vom 18. Mai 1856 zur unverzüglichen Zahlung zugewiesen wurden, wobei sich A alle seine Rechte vorbehielt. Wegen eines Rückstandes von 720 fl. R. W. suchte nunmehr A wider B auf Grund des wider die N erwirkten Urtheils um die executive Schätzung an. Gegen den Bescheid der ersten Instanz, womit diese bewilligt wurde, ergriff aber B den Recurs, indem er geltend machte, daß das Erkenntniß vom 26. Jänner 1856 nicht gegen ihn, sondern gegen die N, die damalige Besitzerin der Wiese, ergangen sei, daß ferner in dem vorliegenden Falle die Execution der Wiese zwar bewilligt, keineswegs aber bereits ein Executionsact geführt worden, bevor er in den Besitz der Wiese gekommen sei, und daß gegen einen dritten Besitzer die Execution wohl fortgesetzt, nicht aber erst begonnen werden dürfe. Das Oberlandesgericht hob das Decret des Bezirksgerichtes Botzen auf, indem es zugleich den A anwies, vorerst seine Rechte gegen den Recurrenten mit einer Klage geltend zu machen. Auch die Motive des obergerichtlichen Erkenntnisses gingen davon aus, daß eine Execution nur gegen den zulässig sei, gegen welchen ein gericht-

liches Erkenntniß erflossen, oder mit welchem der Executionsführer einen gerichtlichen Vergleich geschlossen; gegen den Recurrenten liege weder das eine, noch das andere vor; das Urtheil sei wider die N ergangen, und das Document vom 18. Mai 1856 sei kein gerichtlicher Vergleich, auf Grundlage dessen A die Execution gegen B begehren könne. Ersterer habe sich gegen den letzteren in der angeführten Urkunde keine Executionsrechte vorbehalten können, weil die Ueberbindung einer mit Erkenntniß wider den Schuldner liquidirten Forderung an einen Dritten, als gegen welchen das Erkenntniß nicht laute, ohne vorläufige Klage nicht exequirbar sei, und von dieser Obliegenheit, wider B zu klagen, könne A durch die wegen einer anderen Forderung gegen die N geführte Execution keineswegs als befreit erscheinen. Der oberste Gerichtshof hat in Erwägung, „daß zu Folge der Einräumungsurkunde vom 18. Mai 1856 dem als Ersteher der executiv versteigerten Wiese die für A laut Erkenntnisses vom 26. Jänner 1856 fälligen und im Grunde des Kaufcontractes vom 11. Mai 1855 auch verfachten 1000 fl. sammt 4% Zinsen zur sogleichen Bezahlung zugewiesen worden sind; daß A sich bezüglich dieses Betrages seine Rechte ausdrücklich vorbehalten hatte, und daß in diesem allgemeinen Vorbehalte offenbar auch der Vorbehalt der Fortsetzung der schon vor dem Verkaufe der Wiese begonnenen Execution derselben gegen den Käufer pto. der fraglichen 1000 fl. begriffen ist," den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt.

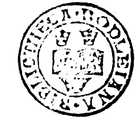
Nr. 279.

Erlag der eingeklagten Summe behufs Abwendung der Execution zur Sicherstellung.

Entsch. v. 20. Jänner 1857, Nr. 328 (Best. der den Bescheid des L. G. Mailand v. 19. Sept. 1856, Nr. 14101, abändernden Verordnung des O. L. G. Mailand vom 7. Nov. 1856, Nr. 13184). Gaz. d. Trib. 1858, S. 18, 19. G. Z. 1857, Nr. 63.

A, welcher wider B eine Executivklage eingebracht hatte, erwirkte auch die Pfändung zur Sicherstellung. B erlegte nun einen zur Deckung der Forderung des Klägers ausreichenden Betrag zu Gericht, und verlangte die Aufhebung der Pfändung. Seinem Ansuchen ward jedoch in erster Instanz nicht stattgegeben: „Wenngleich der Erlag mittelst eines wider A rubricirten Gesuches erfolgt ist, erlangte dieser durch denselben doch nicht ein giltiges Sicherstellungsmittel, wie es ihm die Pfändung verschaffte, und worauf er ein Recht hat. Während daher B trotz des Erlages Eigenthümer des erlegten Geldes bleibt, bis dasselbe im Wege Rechtens vinculirt ist, könnte A bezüglich der gepfändeten Effecten alle

Wirkungen des Pfandrechtes geltend machen. Daß dies im Allgemeinen unzweifelhaft richtig sei, geht schon daraus hervor, daß das Gesetz da, wo es sich um die wechselrechtliche Sicherstellung durch Erlag des betreffenden Betrages handelt, im 3. Abs. des Artikels 25 der Wechselordnung (worauf sich §. 16 des Gesetzes über das Verfahren in Wechselsachen bezieht), vorzuschreiben für nöthig fand: daß dem Gläubiger das Pfandrecht auf den zur Sicherstellung erlegten Betrag zustehe, wenn es ihm auch nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist..., was außer Zweifel setzt, daß in allen anderen Fällen das Pfandrecht auch an gerichtlich erlegten Sachen nur durch die wirkliche Einräumung erlangt wird." Die beiden höheren Instanzen gaben dem Ansuchen statt, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Wenn es sich gleich um einen Executionsact handelt, so ist derselbe doch nur zur Sicherstellung vorgenommen. Die Natur einer solchen Vorkehrung bringt es aber mit sich, daß zwar dem Kläger eine hinreichende Sicherheit verschafft, zugleich aber für den Geklagten jede damit vereinbarliche billige Rücksicht beobachtet werde. So wie nun A sich es hätte gefallen lassen müssen, wenn B dem Gerichtsabgeordneten als Pfand zur Sicherstellung das Geld übergeben hätte, um die Pfändung anderer Gegenstände von sich abzuwenden, so muß es dem Executen auch freistehen, ein Gleiches nach der Pfändung zu thun, da die gepfändeten Sachen doch nur das Geld repräsentiren, welches durch ihren Verkauf erlangt werden kann."



Nr. 280.

Unzuständigkeit des städtisch-delegirten Bezirksgerichtes zur Entscheidung über die Giltigkeit des Miethvertrages.

Entsch. vom 20. Jänner 1857, Nr. 335 (Best. des Bescheides der Stadtprätur Venedig v. 18. Oct. 1856, Nr. 47187, Abänd. des Decretes des O. L. G. Venedig vom 18. Nov. 1856, Nr. 21064). Eco d. Trib. 1857, S. 80.

Die Stadtprätur hatte eine Klage auf Anerkennung der Giltigkeit und Wirksamkeit eines Miethvertrages, Zahlung des Miethzinses und Bestellung der bedungenen Caution zurückgestellt, „weil die Competenz der Präturen nach §. 15 J. N. auf die aus dem Miethvertrage entspringenden Streitigkeiten, also auf solche, die dem Abschluß desselben nachfolgen, beschränkt ist, nicht aber sich auf solche erstreckt, welche die Existenz des Miethvertrages selbst betreffen." Das Oberlandesgericht erklärte die Prätur für zuständig; allein der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz unter Adoptirung ihrer Gründe.

Nr. 281.

Erklärung des Erblassers, daß die von einem Anderen geschriebene Urkunde seinen letzten Willen enthalte. Beweis dieser Erklärung.

Entsch. v. 27. Jänner 1857, Nr. 330 (Best. des das Urtheil des L. G. Treviso v. 16. Juni 1856, Nr. 2996, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 2. Oct. 1856, Nr. 16659). Eco d. Trib. 1857, S. 236 ff.

Zwei der auf dem Testamente unterschriebenen Zeugen sagen aus, sie hätten die Urkunde, nachdem sie die Erblasserin in ihrer Gegenwart unterfertigt hatte, ihrerseits unterschrieben, ohne daß jene erklärt hätte, dieselbe enthalte ihren letzten Willen. Dagegen bestätigt der dritte Testamentszeuge nebst zwei anderen Personen, daß eine solche Erklärung allerdings erfolgt sei. Die erste Instanz glaubte nur die Aussage der auf der Urkunde unterschriebenen Zeugen berücksichtigen zu dürfen, und erklärte das Testament für ungiltig. Die beiden höheren Instanzen hielten es aufrecht, und zwar der oberste Gerichtshof deshalb, „weil die übereinstimmende Aussage der letzterwähnten Zeugen zu der Folgerung dränge, die zwei Testamentszeugen hätten die Erklärung der Erblasserin nur nicht gehört oder nicht beachtet, oder zur Zeit ihres Verhöres wieder vergessen, besonders da sie auf dem Testamente selbst diese Thatsache durch ihre Unterschrift bestätigt haben. Auch stehe durchaus nichts entgegen, daß was immer für ein Thatumstand auch durch andere, als die zur Bestätigung desselben eigens berufenen Zeugen bewiesen werde. Es sei also den Anforderungen des §. 579 a. b. G. B. vollkommen entsprochen, besonders da dieser Paragraph nicht gerade fordert, daß der Testator eben die Worte brauche: „„Diese Schrift enthalte seinen letzten Willen““ — und vielmehr jede bestätigende Aeußerung genüge, durch welche vor den Zeugen dem Schriftstück jene Eigenschaft beigelegt und die Identität constatirt werde.“

Nr. 282.

Verletzung des Pflichttheils durch übermäßige Schenkung.

Entsch. vom 27. Jänner 1857, Nr. 12266 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Belluno v. 23. Mai 1856, Nr. 956, und des O. L. G. Venedig v. 18. Sept. 1856, Nr. 14702). Eco dei Trib. 1857, S. 297 ff. G. Z. 1857, Nr. 67.

Die Mutter des A machte bei ihrer zweiten Verheirathung ihrem neuen Gatten eine übermäßige Schenkung. Aus der zweiten Ehe entsprossen zwei Kinder. Nach dem Tode der Mutter forderte A von seinem

Stiefvater das gesetzwidrig Empfangene zurück, und zwar begehrte er die Differenz des aus dem Nachlasse Empfangenen und der Hälfte des mütterlichen Vermögens zur Zeit der Schenkung. Das Oberlandesgericht Venedig sprach sich jedoch über die Berechnung des Pflichttheils folgendermaßen aus: „Der §. 951 a. b. G. B. ist dahin auszulegen, daß der Pflichttheil der Kinder eines Geschenkgebers die Hälfte des Werthes erreichen müsse, welchen der Geschenkgeber zur Zeit der Schenkung besessen hat; die Schenkung ist insoweit widerruflich, als die Hälfte des zur Zeit der Schenkung Besessenen größer ist, als der Nachlaß des Geschenkgebers..... Der Pflichttheil wird aber nach der Hälfte des zur Zeit der Schenkung besessenen Vermögens berechnet und mit Rücksicht auf die zur Zeit des Todes des Geschenkgebers vorhandenen Abstämmlinge bestimmt. Da die Erblasserin noch zwei Söhne aus zweiter Ehe hinterließ,.... so irrt der Kläger, wenn er meint, die Differenz zwischen seinem Erbtheil und der Hälfte des von seiner Mutter zur Zeit der Schenkung besessenen Vermögens begehren zu können; es ist dies dem §. 951 a. b .G. B. offenbar entgegen, welcher anordnet, daß der zur Zeit der Schenkung vorhandene Abstämmling keinen kleineren Pflichttheil anzusprechen habe, als denjenigen, welcher aus der Hälfte des Vermögens des Geschenkgebers auf ihn gekommen wäre. Die Bestimmung der Größe des Pflichttheils ist somit nicht mit Bezug auf die Zeit der Schenkung, sondern mit Rücksicht auf die Zeit des Ablebens des Geschenkgebers zu berechnen. Der §. 951 a. b. G. B. steht damit nicht im Widerspruche; es werden die zur Zeit der Schenkung noch nicht vorhanden gewesenen Abstämmlinge nicht zum Nachtheile des Klägers begünstigt, denn ihnen gegenüber kann der Geschenkgeber mit der verbliebenen Hälfte des Vermögens frei verfügen, da die Nachgebornen kein Recht haben, die Schenkung zu widerrufen.“ Auch der oberste Gerichtshof erkannte an, daß nach §. 951 a. b. G. B. die Hälfte des Vermögens der freien Disposition anheimgestellt bleibe, die andere Hälfte aber den Notherben anheimfalle. „Kann auf solche Art mittelst Testamentes verfügt werden, so muß es auch durch Schenkung bei Lebzeiten geschehen können; die Schenkung darf nur nicht jenes Vermögen angreifen, welches die Gesetze zu Gunsten der Abstämmlinge der freien Verfügung entzogen wissen wollen. Das gesetzwidrig empfangene Uebermaß muß insofern zurückerstattet werden, als der zur Zeit des Todes des Geschenkgebers entfallende Pflichttheil dadurch geschmälert erscheint.“

Nr. 283.

Unzulässigkeit der Pränotation eines eventuellen Rechtsanspruches.

Entsch. vom 3. Febr. 1857, Nr. 116 (Best. des den Bescheid der Prätur Casalmaggiore v. 8. Nov. 1856, Nr. 6929, abänd. Decretes des O. L. G. Mailand v. 4. Dec. 1856, Nr. 14216). G. Z. 1857, Nr. 78.

Nr. 284.

Verzugszinsen von Zinsrückständen?

Entsch. vom 3. Febr. 1857, Nr. 369 (Theilweise Abänderung der Urtheile des L. G. Prag vom 1. April 1856, Nr. 1221, und des O. L. G. Prag vom 14. Oct. 1856, Nr. 14496). G. Z. 1857, Nr. 54.

Nr. 285.

Unzulässigkeit der Transferirung gepfändeter Sachen wider den Willen desjenigen, der ein älteres Pfandrecht an denselben hat.

Entsch. v. 3. Febr. 1857, Nr. 703 (Best. des Urtheils der Prätur Treviso vom 13. Februar 1856, Nr. 525, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 30. Juni 1856, Nr. 12625). G. Z. 1857, Nr. 87.

B hatte die Pfändung und Transferirung des dem N gehörigen Viehes erwirkt. A, welchem als Verpächter jenes Vieh schon früher verpfändet war, klagte nun den B auf Anerkennung seines Pfandrechtes, und begehrte zugleich die Rückführung des Viehes in den Stall des N auf Kosten des B. Die erste Instanz erkannte in beiden Punkten nach dem Klagebegehren; die Priorität des gesetzlich dem Verpächter zustehenden Pfandrechtes an den illata et invecta war dem Gerichte gemäß §. 1101 a. b. G. B. zweifellos, und der Bestand der Pfandobjecte auf dem Pachtgute muß nach den Motiven des ersten Richters geschützt werden, weil das Pfandrecht von der Zeit der Einbringung wirksam ist, somit durch die Entfernung der Objecte gefährdet würde. Die zweite Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz in dem ersten Theile, änderte aber den zweiten Theil dahin ab: Der Geklagte sei nicht schuldig, das transferirte Vieh auf seine Kosten zurückzuschaffen; „denn die Gerichtsordnung machte bei der Execution keinen Unterschied zwischen gesetzlichem, vertragsmäßigem oder richterlichem Pfandrechte; die Form der Execution sei für alle dieselbe; da nun dem exequirenden späteren Pfandgläubiger, wie das Gesetz gestattet, die executive Transferirung der Pfandobjecte vom Gerichte bewilliget worden, so sei eine Rücktransferirung nicht zulässig, sondern das Vorrecht bezüglich des Erlöses der feilzubietenden Objecte müsse separato libello geltend gemacht werden. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz „in der Erwägung, daß das Gericht, welches mit der executiven Pfändung auch die executive Transferirung bewilligt, dies letztere nur unter der selbstverständlichen Bedingung verfügt, daß die Pfandobjete der freien Disposition des Executen anheim gestellt sind und nicht frühere Rechte auf die Objecte

beeinträchtigt werden; daß aber im vorliegenden Falle der Verpächter ein zweifellos früheres Recht durch das gesetzliche Pfandrecht erlangt hat, es also nicht zulässig ist, die Pfandobjecte ohne seine Zustimmung von dem Pachtgute hinwegzuführen, und hiedurch den Umfang seines Pfandrechtes zu schmälern. Die Herstellung des status quo ist somit eine gesetzliche Folge der anerkannten Priorität des Pfandrechtes des Verpächters".

Nr. 286.

Beweis der Thatsachen, wodurch der Gerichtsstand des Vertrages begründet wird.

Entsch. vom 3. Februar 1857, Nr. 977 (Bestätigung des Urtheils des Bez. G. Fiume vom 29. Jänner 1856, Nr. 285, Aufhebung des Decretes der Banaltafel v. 13. Sept. 1856, Nr. 2845). Haimerl's Magazin, Bd. XV., S. 223, 224.

A klagte den in Triest wohnhaften B in Fiume auf Zahlung von 500 fl. C. M., und bot für seine Behauptung, daß B sich durch einen mündlichen Vertrag verpflichtet habe, in Fiume seine Verbindlichkeit zu erfüllen, den Beweis durch einen Zeugen und durch seinen Erfüllungseid, nöthigenfalls durch den Haupteid an. Die erste Instanz erkannte, unter Zurückweisung der exceptio fori, in der Hauptsache mit Zulassung des klägerischen Erfüllungseides. Die zweite Instanz gab der Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes statt, in der Erwägung, „daß im mündlichen Verfahren, wenn dasselbe schon im Laufe des Processes wegen Incompetenz des Gerichtes nicht eingestellt wurde, zwar nach §. 47 prov. C. P. O. der Streit über den Gerichtsstand zugleich mit der Hauptsache zu entscheiden ist, daß jedoch der Richter, bevor er in die Hauptsache greift, seine Competenz erkannt haben soll, und daß demnach eine bedingte Anerkennung nicht zulässig wäre; ferner in der Erwägung, daß die angefochtene Competenz nicht erwiesen ist, da über den angeführten Vertrag blos die Aussage eines Zeugen vorliegt". Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil bezüglich der Competenz, und trug der zweiten Instanz auf, über die Appellation des Geklagten in merito zu entscheiden, „in der Erwägung, daß das Gesetz den Eid im Allgemeinen, daher ohne allen Unterschied, ob solcher sich auf Thatsachen, die zur Entscheidung der Hauptsache oder der Competenzfrage gehören, bezieht, zum Beweismittel bestimmt; daß jede Entscheidung, die sich auf einen Eid gründet, nach der Vorschrift der C. P. O. nur bedingt möglich ist; daß ferner einerseits der Grundsatz der Banaltafel, als wenn die Beweisführung über die Competenz durch einen Eid (also eine bedingte Entscheidung

über dieselbe) unzulässig sei, sich im Sinne der C. P. O. nicht rechtfertigen läßt, andererseits aber für die Competenz nicht nur die Aussage eines Zeugen vorliegt, sondern auch der Erfüllungseid, welcher im Sinne der gesetzlichen Vorschriften zulässig erscheint."

Nr. 287.

Zuweisung des verlassenen Flußbettes an die durch den neuen Lauf Beschädigten. — Beweisführung der Acte der Administrativbehörden.

Entsch. v. 4. Febr. 1857, Nr. 495 (Theilweise Best. des das Urtheil der Prätur Lodi v. 2. August 1856, Nr. 7124, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 29. Oct. 1856, Nr. 12159). G. Z. 1857, Nr. 126.

In den Jahren 1827 und 1829 traten Ueberschwemmungen der Adda ein, welche zur Folge hatten, daß der Fluß einen Theil seines Bettes verließ und seinen Weg über zwei Grundstücke der Brüder A und der Gemeinde N nahm. Die Delegation schritt amtlich ein, und da sich aus ihren Erhebungen ergab, daß die Gemeinde N einen Schaden von 1447 Lire, die Brüder A einen Verlust von 40.000 Lire erlitten hätten, während das verlassene Flußbett nur 9725 Lire werth war, wies sie das Letztere den genannten Beschädigten zu, welche sie bezüglich der Vertheilung unter sich auf den Civilrechtsweg verwies. Den Proceß, welchen in Folge dessen die Brüder A nicht blos gegen die Gemeinde, sondern auch gegen die Anrainer des verlassenen Flußbettes anhängig machten, verloren sie aus formellen Gründen, weshalb ihnen auch ausdrücklich das Recht vorbehalten wurde, erst ihren Schaden gehörig constatiren zu lassen und sodann die entsprechende Entschädigung zu fordern. — Seitdem haben die A sich mit der Commune N verglichen, und sohin von der politischen Behörde die Zuweisung eines bestimmten Theiles des verlassenen Flußbettes erlangt. Nunmehr klagen sie gegen die Anrainer auf Anerkennung ihres Eigenthums und verlangen die Grenzberichtigung. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, indem sie sich vorzugsweise auf die res judicata stützte. „Es oblag den Klägern, ehe sie den gegenwärtigen Proceß anhängig machten, ihren angeblichen Schaden den Geklagten gegenüber dem Quale und Quantum nach gerichtlich darzuthun, um sodann das Recht in Anspruch nehmen zu können, sie von dem Antheil am verlassenen Flußbett trotz der Bestimmung des §. 410 a. b. G. B. ausschließen zu können. Sie können sich dafür nicht auf die Erhebungen, Berichte und Documente der Administrativbehörden berufen, wenn dieselben gleich einen amtlichen Charakter haben, da die Entscheidung über streitige Rechte der Privaten ausschließlich den Gerichten zusteht. Es ist also

den Geklagten gegenüber die Existenz und die Größe des Schadens, den die Kläger erlitten haben, nicht dargethan, und es kann auch der als Beweis dafür angebotene Schätzungseid nicht zugelassen werden, weil die Kläger nicht nachgewiesen haben, daß es ihnen nach Lage der Sache unmöglich sei, andere Beweise sich zu verschaffen und vorzubringen (§. 281 ital. G. O., §. 217 a. G. O.)." — Die zweite Instanz erkannte unbedingt dem Klagebegehren gemäß. Der oberste Gerichtshof gab demselben nur insofern statt, als Kläger schätzungsweise beschwören würden, daß der Schade, welchen sie 1827 durch die Eröffnung des neuen Flußbettes erlitten, mindestens 9725 Lire betrage. In den Entscheidungsgründen wird zuerst die exceptio rei judicatae damit erlediget, daß jener erste Proceß zunächst gegen die Gemeinde N und nur vorsichtshalber gegen die Anrainer gerichtet war, bezüglich der Letzteren aber eine Entscheidung nur vorläufig abgelehnt war. „Die einzige Frage, die jetzt im Sinne der §§. 409 und 410 a. b. G. B. noch zu erörtern bleibt, ist die: ob die Kläger dadurch, daß die Adda in den Jahren 1827 und 1829 sich ein neues Flußbett wählte, einen Schaden erlitten haben, und ob dieser Schade geringer oder größer ist, als der Werth der zwei Stücke des verlassenen Flußbettes. Nun ist aber alles dieses im Sinne der Klage durch die Erhebungen der Administrativbehörde dargethan; die Geklagten dagegen behaupten nicht, durch den neuen Lauf des Gewässers beschädigt worden zu sein, sondern begnügen sich mit einfachen Widersprüchen, indem sie sich auf ihre Eigenschaft als Anrainer des verlassenen Flußbettes berufen. Ihr Widerspruch kann aber Angesichts der erwähnten öffentlichen Urkunden nicht berücksichtigt werden, welche gegen Jedermann Beweis machen, da sie von derjenigen Obrigkeit herrühren, welcher ausschließlich das Recht vorbehalten ist, die Erhebungen über ähnliche Unfälle im Interesse des Staates sowohl als auch aller direct oder indirect Betheiligten zu pflegen. Es bleibt also nur noch zu untersuchen, wie groß der Schade sei, welchen die Kläger im Jahre 1827 und welchen sie im Jahre 1829 erlitten haben, um beurtheilen zu können, ob der Werth des jeweilig verlassenen Stückes des Flußbettes durch den durch jede der beiden Ueberschwemmungen verursachten Schaden erschöpft werde, oder ob bei der einen oder der andern ein Rest zu Gunsten der Anrainer sich ergebe. Darüber geben die amtlichen Erhebungen keine Auskunft; allein die Kläger haben sich in dieser Hinsicht zum Schätzungseid erboten. — Die Geklagten haben auch die Verjährung auf Grund des §. 1489 a. b. G. B. geltend gemacht; allein auch diese Einwendung kann nicht berücksichtigt werden, denn die Kläger haben nicht eine Entschädigungsklage eingebracht, sondern nur ihren stärkeren Titel zur Erwerbung des Flußbettes geltend gemacht."

Nr. 288.

Verabredung, daß der Vertrag bei verzögerter Erfüllung aufgehoben werden könne. Unverschuldete Verzögerung. Stillschweigende Nachsicht der Folgen der Verzögerung.

Entsch. v. 4. Febr. 1857, Nr. 636 (Bestätigung des Urtheils der Prätur Mantua v. 30. Aug. 1856, Nr. 16123, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 8. Nov. 1856, Nr. 12944). Gaz. d. Trib. 1858, S. 46 u. 47. Gerichtsh. 1858, S. 386.

In einem Pachtvertrage hatte der Verpächter A dem Pächter B „in feierlichster Weise die Grundbedingung des Vertrages" auferlegt, daß, wenn der Pächter mit einer Rate ganz oder theilweise dreißig Tage nach der Verfallszeit im Rückstande bleibe, der Verpächter das Recht haben solle, den Vertrag vom nächstfolgenden 29. September an für aufgehoben zu erklären. Nun hatte B am 31. December 1854 eine Pachtzinsrate abzuführen; da indeß Ende Januar 1855 ein so heftiger Schneefall eintrat, daß selbst auf der Poststraße der Verkehr unterbrochen wurde, auch B zu jener Zeit kränklich war, fand er sich erst am 3. Februar 1855 bei dem in einem anderen Orte wohnhaften Bevollmächtigten des A ein, bezahlte, und erhielt von diesem eine einfache, keinerlei Vorbehalt aussprechende Quittung. — A klagte jedoch später auf Aufhebung des Vertrages. Nur die zweite Instanz gab dem Begehren statt. Die erste und dritte wiesen dasselbe zurück und zwar die letztere aus folgenden Gründen: „Da es nach dem abgeschlossenen Vertrage dem Geklagten gestattet war, noch dreißig Tage nach der Verfallszeit der einzelnen Pachtzinsraten die Zahlung aufzuschieben, so konnte er auch am letzten dieser dreißig Tage bezahlen, ohne irgendwie verantwortlich zu werden, und ohne daß ihm die Verzögerung bis zu diesem letzten Tage zur Schuld angerechnet werden könnte..... Ein Zufall war es aber, der ihn in die Nothwendigkeit versetzt hat, auch noch um weitere vier Tage die Erfüllung seiner Zahlungspflicht hinauszuschieben. Die Umstände, unter denen dieses geschah, beweisen, daß ihm keine Schuld zur Last fällt, und sind nach der Bestimmung der §§. 1298 und 911 a. b. G. B. auch ausreichend, um ihn gegen alle Folgen dieser unfreiwilligen Verzögerung zu schützen; — um so mehr, da der Bevollmächtigte des Klägers, indem er diese Zahlung ohne irgend einen Vorbehalt annahm, implicite im Sinne des §. 863 a. b. G. B. erklärte, daß er die eingetretene Verzögerung nachsehe; und mit der Mora selbst müssen selbstverständlich auch alle ihre Folgen hinwegfallen."

Nr. 289.

Processualische Folgen der Mangelhaftigkeit der Vertretungsvollmacht. — Verfehlen der Person des Geklagten. (Personen, wider welche die Besitzstörungsklage zu richten ist.)

Entsch. vom 4. Febr. 1857, Nr. 640 (Aufhebung des das Decret des B. G. Schönberg vom 25. Juni 1856, Z. 2937, aufhebenden Decrets des O. L. G. Brünn v. 18. Nov. 1856, Nr. 5385). G. Z. 1858, Nr. 2.

Die Gemeinde A in Mähren klagte gegen zwei Functionäre der Gemeinde B, welche im Auftrage derselben zwei Mitglieder jener Gemeinde an der Benützung eines Fahrweges gehindert hatten, mit der Besitzstörungsklage auf Schutz im Besitz jenes Rechtes des Fahrwegs, auf Unterlassung jeder Störung in diesem Besitze und auf Bezahlung der Gerichtskosten in solidum. Die erste Instanz gab diesem Klagebegehren durchaus statt. Die zweite Instanz hob diesen Bescheid als nichtig auf, und wies das Bezirksgericht an, die Klage als unstatthaft und zur Verhandlungseinleitung ungeeignet zurückzustellen.

Die dritte Instanz hob dieses Decret auf, und trug dem Oberlandesgericht auf, über die vorliegende Besitzstörungsverhandlung in merito zu entscheiden. Die Entscheidungsgründe lauten: „Das Oberlandesgericht hat in seiner Entscheidung zwei Nullitätsgründe geltend gemacht, und hat den ersten darin gefunden, daß die klagende Gemeinde in der Verhandlung nicht gehörig vertreten sei. In dieser Beziehung ist es wohl richtig, daß die Gemeinde A als Kläger auftritt und das Begehren gestellt wird, diese Gemeinde in ihrem Besitze zu schützen; eben so richtig ist es auch, daß die der Besitzstörungsklage allegirte Vollmacht die zwei Vollmachtgeber nicht als von der Gemeinde A zur Streitführung ermächtigt legitimirt. Allein abgesehen davon, daß der auf dieser Vollmacht gefertigte Gemeindevorsteher N nach §. 107 provis. Gem.-Ordg. vom 17. März 1849 in civilrechtlichen Angelegenheiten die Gemeinde als moralische Person nach außen vertritt, und abgesehen davon, daß dieser Gemeindevorsteher und der Gemeinderath M bei der gepflogenen mündlichen Verhandlung selbst anwesend waren, und die Verhandlungsprotokolle eigenhändig mitgefertigt haben, bildet das Gebrechen der Vollmacht keinen Grund zu einer für die Parteien mit Zeit- und Kostenaufwand verbundenen Annullirung des ganzen Verfahrens, und das Oberlandesgericht hätte dieses Gebrechen durch Abforderung einer entsprechenden Vollmacht mit Rücksichtnahme auf die Bestimmungen der Hfdcr. vom 30. Novbr. 1789 (Wessely I, Nr. 261) und 9. Novbr. 1811 (Wessely I, Nr. 262) vor der Urtheilsschöpfung beheben sollen, was demselben dermalen noch freisteht, wenn die dem gegenwärtigen Revisionsrecurs angeschlossene Vollmacht nicht entsprechend befunden werden sollte. — Den zweiten Nullitätsgrund findet das Oberlandesgericht darin, daß die Person des Geklagten verfehlt, und nicht die Stadtgemeinde B,

sondern deren Functionäre belangt worden seien. Dagegen muß jedoch bemerkt werden, daß die Einwendung des Geklagten, Kläger hätte nicht die gehörige Person belangt, wenn sie gegründet befunden wird, wohl die Sachfälligkeit des Klägers, nicht aber die Aufhebung des Verfahrens zur Folge haben könne. Die Einwendung des Geklagten, daß er im Auftrage seines Dienstgebers gehandelt habe, ist nicht geeignet, die Schöpfung des Erkenntnisses über die anhängig gemachte Klage zu hindern, zumal das Erkenntniß zwischen den streitenden Parteien Wirksamkeit hat und auf den nicht belangten Dienstgeber nicht ausgedehnt werden kann."

Nr. 290.

Zulässigkeit des ordentlichen Streitverfahrens über den Anspruch der Ehegattin auf Alimentation beim Fortbestand der ehelichen Verbindung.

Entsch. vom 10. Febr. 1857, Nr. 797 (Aufhebung der das Urtheil des Magistrats Lemberg vom 10. Oct. 1854, Nr. 11193, aufhebenden Verordnung des O. L. G. Lemberg v. 26. August 1856, Nr. 11701). G. Z. 1858, Nr. 103. G. H. 1858, S. 283, 284.

Die A klagt gegen ihren Mann B auf Zahlung der Unterhaltskosten per 1800 fl. für drei verflossene Jahre und auf Leistung des ferneren Unterhaltes im monatlichen Betrage von 50 fl.; sie stützt ihren Anspruch darauf, daß ihrem Manne mittelst Schiedsspruchs die Verwaltung ihres Vermögens mit der Verpflichtung überlassen wurde, sie standesgemäß zu verpflegen und zu versorgen, welcher Verbindlichkeit B nicht nachgekommen sei. B widerspricht die Existenz des Schiedsspruches, und behauptet, daß er der Klägerin den Unterhalt in natura verabreicht habe, und daß, so lange die eheliche Gemeinschaft bestehe, von einem abgesondert zu leistenden Unterhalt keine Rede sein könne. Die erste Instanz weist die Klägerin mit ihrem Begehren zurück. Die zweite Instanz hebt die Verhandlung in erster Instanz als null und nichtig auf, und verordnet, der Klägerin sei die eingebrachte Klage als wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Klageobjectes zum Civilproceß nicht geeignet zurückzustellen. „Die Frage über die Anständigkeit des Unterhaltes während der Ehe könne nicht Gegenstand eines ordentlichen Rechtsstreites sein; denn die §§. 108, 117 a. b. G. B. verweisen Streitigkeiten wegen Absonderung des Vermögens oder Unterhalt nur im Falle einer Trennung oder Scheidung auf den Rechtsweg und selbst dies nur, wenn die vom Richter jedesmal anzustrebende gütliche Ausgleichung nicht zum Ziele geführt; die provisorische Bestimmung des Unterhaltes sei selbst in diesen Fällen vom Richter ohne eigentliche Streitverhandlung nach Beurtheilung aller Umstände zu treffen; für Ehestreitigkeiten im Allgemeinen

gelte nach unseren Gesetzen ein ausnahmsweises Verfahren, welches sich mehr einer Untersuchung der Beschwerden von Amtswegen nähere, und nach dem Zweck und Sinn dieser gesetzlichen Bestimmungen könne die vermeintliche Verkürzung der Gattin im anständigen Unterhalt wohl Gegenstand einer Beschwerde bei Gericht sein, welches über vorausgegangene Erhebung nach vernünftigem Ermessen entscheide; allein ein eigentlicher Rechtsstreit nach den Vorschriften der a. G. O. könne hierüber nicht zugelassen werden."

Der oberste Gerichtshof hob diese Entscheidung auf, und wies das Oberlandesgericht an, die Streitsache meritorisch zu erledigen. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Erwägt man, daß von der Klägerin die Verbindlichkeit zum anständigen Unterhalt theils aus dem Schiedsspruch und theils aus dem Gesetze hergeleitet wird, daß weiter über die Forderung des Aequivalents monatlicher 50 fl. die Streitverhandlung schon durchgeführt, und daß diese zulässig ist, da das Gesetz (§§. 108, 117 a. b. G. B.) die Ehegatten, insofern dieselben bei der Verhandlung wegen des Unterhaltes zu einem Vergleich nicht zu bewegen sind, ausdrücklich auf den ordentlichen Rechtsweg verweiset; so ist in dem gegenwärtigen Falle das von dem Oberlandesgericht bezeichnete amtliche Verfahren um so weniger angedeutet, als es sich nicht um die Entscheidung wegen Scheidung der Ehegatten, worüber ein besonderes amtliches Verfahren vorgeschrieben ist, sondern um die Geltendmachung des bei dem Fortbestand der ehelichen Gemeinschaft im §. 91 a. b. G. B. gegründeten und mit dem Schiedsspruch unterstützten Rechtes der Ehegattin auf den ihr von dem Ehemann zu verschaffenden anständigen Unterhalt handelt, über welches sich der Civilrichter um so mehr auszusprechen hat, als hier bei der von Letzterem nicht bestrittenen Verbindlichkeit zum Unterhalt der Gattin nur die Frage zu lösen ist, ob ein Aequivalent in Geld für den Naturalunterhalt gefordert werden kann, welche Frage kein Gegenstand einer amtlichen Untersuchung ist."

Nr. 291.

Ordnung, in welcher die Forderungen durch Compensation erlöschen.

Entsch. v. 10. Febr. 1857, Nr. 840 (Best. des das Urtheil des B. G. Telfs v. 16. Nov. 1856, Nr. 3933, abändernden Urtheils des O. L. G. Innsbruck vom 17. Dec. 1856, Nr. 4707). G. Z. 1857, Nr. 57.

Die fünf Schwestern A klagten gegen ihren Bruder B auf Zahlung einer Zinsenrestschuld von 109 fl. 19 kr., indem sie anführten, daß B die verfallenen 4% Zinsen von den ihnen gebührenden 5/6 Antheilen an dem väterlichen Nachlasse, im Gesammtbetrage von 1258 fl. 20 kr., für

die Zeit von Lichtmeß 1852 bis Lichtmeß 1856 nicht berichtigt habe, also mit einer Zinsensumme per 201 fl. 19 kr. im Rückstande sei, von welcher Summe jedoch 92 fl. abzurechnen seien, welche B als die 4% Interessen von den nachträglich hervorgekommenen Verlassenschaftsschulden per 690 fl. für die, die Klägerinnen betreffenden $^5/_6$ Antheile von Lichtmeß 1852 bis 1856 aus Eigenem gezahlt habe. B wendete gegen diese Zinsenforderung von Lichtmeß 1852 bis 1856 die dreijährige Verjährung ein (§. 1480 a. b. G. B.), und wollte von dem sich so ergebenden Rest seine Gegenforderung per 92 fl. in Abzug bringen. Die erste Instanz erkannte zum Theil dem Einredebegehren gemäß; die zweite Instanz dagegen erkannte ganz dem Klagebegehren gemäß, in der Erwägung, daß „die Compensation zwischen den von dem Geklagten von der Summe per 1258 fl. 20 kr. den Klägerinnen zu entrichtenden Zinsen per 201 fl. 19 kr. und den von ihm für dieselben von der Summe per 575 fl. mit 92 fl. berichtigten Zinsen in Gemäßheit des §. 1416 a. b. G. B. in der Art zu bewerkstelligen sei, daß diese 92 fl. zuerst auf die älteren und dann erst auf die späteren Raten in Abrechnung gebracht würden. Der Geklagte habe für den Zeitraum von Lichtmeß 1852—1855 für die Klägerinnen 69 fl. ausgelegt; dadurch sei zunächst die Forderung der Letzteren an ihn rücksichtlich ihrer Zinsen für die Zeit von Lichtmeß 1852—1853 per 50 fl. 19 kr. im Wege der Compensation ipso jure erloschen und der hiernach von jenen 69 fl. noch restirende Betrag per 18 fl. 41 kr. sei compensando auf die Zinsenforderung der Klägerinnen für die von Lichtmeß 1854 bis dahin 1856 übergegangen, wornach von einer Verjährung der Zinsrate für den ersten Termin keine Rede sein könne, weil dieselbe zu Lichtmeß 1855 als Zinsforderung der Klägerinnen gar nicht bestanden habe."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Der Geklagte hat in der Einrede selbst ausdrücklich anerkannt, daß er den Klägerinnen einen Erbschaftsantheil per 1258 fl. 20 kr. jährlich mit 4% Zinsen zu verzinsen habe, ebenso hat er in den Appellations- und Revisionsbeschwerden behauptet, daß die Berichtigung der Passiven per 690 fl. ihn allein angehe, und daß die Klägerinnen nur die Verzinsung dieser Summe zu $^5/_6$ mitzutragen haben. Es hat somit fortwährend ein Verhältniß der Gegenrechnung der dem Geklagten obgelegenen 4% Verzinsung der Erbtheile und der dem Geklagten zustehenden Ersatzforderung für den von ihm geleisteten, den Klägerinnen obgelegenen Beitrag an der 4% Verzinsung der Passiva per 690 fl. bestanden, und es ist demnach durch die letztere vom Geklagten geleistete Zinsenzahlung, soweit ihr Betrag reicht, nach §. 1438 a. b. G. B., schon für sich in gleichem Betrage die Zahlung der Zinsen von den Erbtheilen der Klägerinnen, und zwar nach der natürlichen Ordnung zuerst die Zahlung des älteren Zinsenausstandes vom Jahre 1852—53, welcher im Jahre 1855 noch nicht verjährt war, bewirkt worden. Unter diesen Umständen kann auch von einer Verjährung des erwähnten Zinsen-

ausstandes keine Rede sein, weil derselbe im Jahre 1855 bereits seine Tilgung erfahren hat. Daß die Klägerinnen diesen Ausstand in ihrer Klage angeführt, findet seine hinlängliche Erklärung darin, daß sie ihn zur Verdeutlichung der von ihnen aufgestellten gegenseitigen Verrechnung erwähnen mußten, und es kann dieser Umstand somit keineswegs dahin ausgelegt werden, daß sie denselben als noch nicht durch die Compensation getilgt angesehen hätten."

Nr. 292.

Auslegung einer letztwilligen Anordnung: Erklärung, daß einer der gesetzlichen Erben eine bestimmte Geldsumme zur Nachlaßmasse schuldig sei. Collationspflicht.

Entsch. vom 10. Febr. 1857, Nr. 1139 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 22. März 1856, Nr. 2989, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 6. Nov. 1856, Nr. 10193). G. Z. 1858, Nr. 85.

In dem wechselseitigen Testamente der Eheleute M wurde unter Anderem im Absatz 4 bestimmt, daß jedes der vier Kinder bei seiner Standesveränderung oder Majorennität 8000 fl. erhalten solle; in Absatz 6 wurde bestätigt, daß der Sohn B diese 8000 fl. durch den Ankauf einer Mühle sammt Requisiten bereits erhalten habe, und hinzugefügt: „daß dieser Sohn B noch 12000 fl. in die Masse schuldig sei". Es handelte sich nunmehr darum, ob die Tochter des inzwischen verstorbenen B sich 4000 fl. als Rest jener Schuld per 12000 fl. in den gesetzlichen Erbtheil müsse anrechnen lassen. Die erste Instanz verneinte diese Frage, die beiden höheren Instanzen bejahten sie.

Gründe der ersten Instanz: „Das Klagebegehren gründet sich auf die im 6. Absatze des unbestrittenen, wechselseitigen Testaments der Eheleute M und zwar in dem Beisatze desselben: „und verbleibt noch zur Masse 12000 fl. schuldig", getroffene Bestimmung und die dadurch von Seite der Kläger gefolgerte Anrechnung dieses Betrages in den B'schen Erbtheil, an dessen Stelle bei der jetzt fraglichen Erbtheilung die Geklagte, als seine Tochter, getreten ist. Da nun die Worte in ihrer eigentlichen Bedeutung genommen werden müssen (§§. 655, 656 a. b. G. B.), der fragliche Beisatz einfach die erblasserische Erklärung einer bestehenden Schuld enthält, diese Erklärung auch weder mit den übrigen letztwilligen Anordnungen im Widerspruche steht, noch zweck- und wirkungslos erscheint, so kann in den fraglichen Worten die Verordnung einer Anrechnung nicht gefunden werden. Kläger erkennen auch selbst, daß ein Theilbetrag per 8000 fl. der B'schen Schuld bereits berichtigt ist; dieses Anerkenntniß einer Schuld und einer theilweisen Tilgung steht mit

der begehrten Anrechnung im Widerspruche, da von dem noch unberichtigten minderen Theilbetrage per 4000 fl. offenbar dasselbe zu gelten hat, was von dem bereits berichtigten größeren Betrage per 8000 fl. von den Klägern selbst angenommen wird. Eben daraus, daß ein Theil der 12000 fl. bereits als getilgt zugegeben wird, folgt, daß diese Post keine Conferirungspost ist, weil bei einer Conferirung von einer Tilgung der Forderung vor dem Eintritte des Zeitpunktes der stattfindenden Conferirung keine Rede sein kann, eine Schuldpost aber nicht an und für sich eine Anrechnungspost ist; sie haftet als Satzpost auf der dem B eigenthümlichen Mühle, und es ist daher auch um so weniger Grund vorhanden, in dem oft berührten Beisatze einen Irrthum des Erblassers zu finden oder in denselben einen andern Sinn hineinzulegen als den, der klar in den Worten liegt. Da also in dem erwähnten Testamente eine Anrechnung nicht ausdrücklich verordnet erscheint, mußten Kläger in Gemäßheit des §. 790 a. b. G. B. mit ihrer Klage abgewiesen werden."

Gründe der zweiten Instanz: „Durch die im 6. Absatze des von den Eheleuten M errichteten wechselseitigen Testaments gemachte Erklärung, daß der Sohn B zur Masse noch 12000 fl. schuldig bleibe, ist offenbar der Wille ausgesprochen, daß derselbe in die Masse 12000 fl. zu vergüten habe. Ein ausdrücklich erklärter Wille des Erblassers muß aber soweit in Vollzug gesetzt werden, als er keinem Gesetze widerstreitet und keines Menschen Recht verletzt. Insoweit es sich um eine baare Zahlung des erwähnten Betrages in die Verlassenschaftsmasse handeln würde, müßten die Kläger allerdings den wirklichen Bestand dieser angeblichen Schuld des B nachweisen. Insofern es sich aber blos um eine Anrechnung dieses Betrages in den gesetzlichen Erbtheil handelt, muß dieser von dem Erblasser ausdrücklich erklärte Wille, daß B 12000 fl. in die Verlassenschaftsmasse zu zahlen habe, insoweit in Erfüllung gebracht werden, als dadurch auch sein gesetzlicher Pflichttheil nicht angegriffen würde, weil der Erblasser gesetzlich nur verpflichtet war, diesen seinem Sohne zu überlassen, in Betreff des Restes aber demselben beliebige Lasten und Zahlungen auflegen konnte. In dem Ausspruche, daß ein Erbe verpflichtet sei, eine bestimmte Summe in die Verlassenschaft zu bezahlen, sei doch offenbar das Mindere, daß er sich diese Post in seinem Erbtheil einrechnen lassen müsse, begriffen. Nur in dem Falle als erwiesen würde, daß der Ausspruch des Erblassers, sein Sohn B verbleibe noch zur Masse 12000 fl. schuldig, auf einer irrigen Berechnung des Erblassers beruhe, könnte derselbe von dieser Anrechnung befreit bleiben. Eine solche irrige Berechnung wurde aber von Seite der Geklagten nicht nachgewiesen. Die in dem Testamente enthaltene Bestimmung, daß der Sohn B die 8000 fl., welche die Kinder bei Veränderung ihres Standes und ihrer Majorennität erhalten sollen, durch den Ankauf der Mühle und der dazu gehörigen Requisiten bereits erhalten habe und noch zur Masse 12000 fl. schuldig sei, läßt sogar vermuthen, daß der Erblasser hierbei nicht blos jenen Betrag in Rechnung brachte, welchen er bei dem Ankaufe der Mühle verausgabte,

sondern jenen pecuniären Vortheil, den er ihm nach seiner Berechnung durch den Ankauf der Mühle verschaffte. Die Anordnung des Erblassers, daß bestimmte Personen zu gleichen Theilen als Erben eintreten sollen, fordert dieselben nicht auf, jene Beträge namhaft zu machen, die jede oder einige derselben sich in ihren Erbtheil einrechnen lassen sollen. Nach der Anordnung des §. 732 a. b. G. B. hat die Erbschaft des Verstorbenen seinen ehelichen Kindern gleichen Grades zu gleichen Theilen zuzufallen. Dessenungeachtet muß sich zufolge der Bestimmung des §. 790 a. b. G. B. jedes Kind dasjenige in seinen Erbtheil einrechnen lassen, was es von dem Erblasser bei dessen Lebenszeit zu den im §. 788 a. b. G. B. erwähnten Zwecken bereits von ihm empfangen hat. Dieses bereits Empfangene bildet sonach mit dem, was es noch aus der Verlassenschaft erhielt, seinen Erbtheil."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz „in Anbetracht, daß die obergerichtliche Auffassung des wechselseitigen Testamentes der Eheleute M den natürlichen und gesetzlichen Auslegungsregeln entspricht, indem die Anordnung: es bleibe der Sohn B der Masse die durch den Mühlenkauf nebst Requisiten ihm, über den auch allen anderen Geschwistern gegebenen Betrag von 8000 fl., mehr zugewendeten 12000 fl. „„noch schuldig"", der ausdrücklichen Verordnung der Anrechnung dieses Betrages in den Erbtheil gleichkomme (§. 790 a. b. G. B.), daß in Beziehung auf die testamentarisch angeordnete Conferirung es unbeschadet des außer Frage stehenden Pflichttheiles gleichgiltig sei, ob der Erblasser erklärt, er wolle einem Erben eine bestimmte Schuld nicht erlassen, dieser bleibe sie also der Masse schuldig, oder die Erben haben einen schon empfangenen Betrag von gleicher Höhe sich in den Erbtheil einrechnen zu lassen; daß in diesem Falle nur der Beweis des Nichtbestandes der Schuld oder des gar nicht erfolgten Mehrempfanges von der Conferirungspflicht befreien könne, welche im gegebenen Falle weder durch den Mühlenkaufvertrag, noch den Heirathsvertrag geliefert wurde, während von Seite der Geklagten das Testament durch die eigene Erbserklärung anerkannt ist."

Nr. 293.

Verzugszinsen vom Heirathsgut vom Tage der Auflösung der Ehe an?

Entsch. v. 11. Februar 1857, Nr. 114 (Best. des Urtheils der Prätur Crema v. 6. Dec. 1855, Nr. 10888, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 15. Febr. 1856, Nr. 2403). Gaz. d. Trib. 1858, S. 94 ff.

Die Erben der am 20. November 1853 verstorbenen N belangen den Sohn B, als Erben nach seinem im Jahre 1842 gestorbenen Vater,

auf Herausgabe des von der Mutter zugebrachten Heirathsgutes. Der Streit dreht sich darum, ob von dem Heirathsgut Verzugszinsen zu bezahlen sind, und zwar, da angenommen wird, daß die Zinsen des Heirathsgutes bis zum Todestage der N durch unentgeltliche Verpflegung ausgeglichen wurden, ob sie vom Todestage derselben an laufen. — Die erste Instanz sprach den Erben der Mutter die Interessen vom Todestage der letzteren an zu. Das Oberlandesgericht sprach den Geklagten von der Zahlung derselben los, „da die Interessen nicht bedungen seien und Geklagter sich nicht in mora befunden habe.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte (in diesem Punkte) die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Gleich nach dem Tode der Mutter hätte ihr Heirathsgut entweder den Berechtigten zurückgestellt oder zu Gericht erlegt werden sollen; von diesem Tage an genoß also der Geklagte den Ertrag, ohne dafür ein Entgelt zu geben; er hörte also auf bonae fidei detentor zu sein, und muß daher nach der übereinstimmenden Anordnung der §§. 335, 338, 1333 a. b. G. B. zur Zahlung der Verzugszinsen verurtheilt werden.“

Nr. 294.

Berühmung durch Erklärung, daß ein Rechtsverhältniß noch bestehe?

Entsch. v. 11. Febr. 1857, Nr. 1026 (Best. des das Urtheil des L. G. Linz v. 13. August 1856, Nr. 7175, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 3. Sept. 1856, Nr. 13823). Haimerl's Magazin, Bd. XV., S. 313 ff.

Die C hatte als Caution für den B eine fünfpercentige Staatsschuldverschreibung bestellt, welche ihr nach erfolgter Vinculirung zurückgestellt wurde. Nach dem Tode der C sollte der Verlassenschaftscurator die Devinculirung dieser Obligation erwirken. B erklärte auf die außergerichtliche Aufforderung brieflich, daß jene Obligation für ihn und seine Ehegattin, so lange sie leben, als Caution zu dienen, und daher auch die Vinculirung fortzubestehen habe. A stellte hierauf gegen B die Aufforderungsklage an. Die erste Instanz fand in jener Erklärung des B eine Berühmung; anders die zweite und dritte Instanz.

Gründe der zweiten Instanz: „In der brieflichen Erklärung des Geklagten, daß die Obligation, so lange er und seine Gattin leben, als Caution für sie zu verbleiben habe, liegt keine Berühmung, indem der Geklagte weder ein neues Recht in Anspruch nimmt, noch die Pfandbestellung für ein anderes Recht ausgedehnt wissen will, als wofür sie schon ursprünglich bestimmt war. Glaubt A, daß das Rechtsverhältniß, zufolge dessen C für B die Caution leistete, mit dem Tode der C sein Ende erreicht habe, so muß er im ordentlichen Rechts-

weg wider B auftreten; keineswegs aber erscheint er berechtigt, diesen zur Darthuung aufzufordern, daß dieses Rechtsverhältniß noch ferner fortzubestehen habe, nachdem der Geklagte sich dermalen auch noch im Besitz des Rechtes befindet, diese Obligation als Caution für seine Dienstobligation zu verwenden, somit nach §. 323 a. b. G. B. dessen Aufforderung hier nicht Platz greifen kann. Auch gehen nach §. 918 a. b. G. B. alle aus Verträgen entstehenden Rechte und Pflichten auf die Erben der vertragschließenden Theile über, wonach es Sache des Klägers ist, zu beweisen, daß das diesfällige Vertragsverhältniß bereits sein Ende erreicht habe."

Gründe der dritten Instanz: „Die C hat zugestandenermaßen für den Geklagten zur Sicherstellung der Dienstescaution eine Obligation von 1000 fl. erlegt, welche ihr nach vorgenommener Vinculirung, mit dem Vinculirungsband versehen, wieder zurückgestellt wurde. Wenn nun sie, oder was hier mit Rücksicht auf §. 547 a. b. G. B. gleich ist, ihre Verlassenschaftsmasse die Devinculirung dieser Obligation erlangen will, so war es ein ganz verfehlter Weg, aus der auf die diesfällige außergerichtliche Aufforderung von B abgegebenen Erklärung den Anlaß zu einer Aufforderungsklage zu nehmen, indem diese Weigerung eben so wenig als eine zur Aufforderungsklage nach §. 66 a. G. O. berechtigende Berühmung angesehen werden kann, als wenn der Schuldner die vom Gläubiger außergerichtlich geschehene Einmahnung der Schuld dahin beantworten würde, daß er, weil der Zahlungstag noch nicht gekommen, auch jetzt noch nicht zahlen wolle."

Nr. 295.

Darleihen, zum Theil in Geld, zum Theil in Privatforderungen gegeben. Theilweise Simulation.

Entsch. v. 17. Febr. 1857, Nr. 139 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 5. Febr. 1856, Nr. 681, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 11. Oct. 1856, Nr. 11513). Gaz. d. Trib. 1858, S. 281 ff. G. Z. 1857, Nr. 60; 1858, Nr. 119.

B hatte dem A einen Schuldschein auf 20000 Lire ausgestellt, in welchem bestimmt war, daß, wenn der Schuldner eine Interessenrate nicht pünktlich zahle, der Vertrag aufgelöst und der Gläubiger berechtigt sein solle, das ganze Capital sogleich zurückzufordern. Da B die erste Rate nicht zahlte, klagte A auf Zahlung des Capitals sammt Interessen. Aus dem darüber abgeführten Rechtsstreit ergab sich, daß B von obiger Summe nur 11630 L. in Baarem, das Uebrige mittelst einer Cession erhalten hatte, die sich aber nicht nur auf eine uneinbringliche Forderung bezog, sondern sich als Scheingeschäft darstellte,

das der Schuldner nur aus dem Grunde einging, um in seinen Bedrängnissen baares Geld zu erhalten. Nachdem das Gericht erster Instanz im Wesentlichen zu Gunsten des Klägers geurtheilt, entschied die zweite Instanz, der Beklagte habe nur 11630 L. in Baarem, das andere durch Rückcession der ihm abgetretenen Forderung zu bezahlen. Der oberste Gerichtshof bestätigt dieses Urtheil „in der Erwägung, daß der Geklagte nicht schuldig sei, mehr zurückzugeben, als was er als Darlehen empfangen, nämlich 11630 L.; daß der Contract, indem er eine Schuld von 20000 L. begründete, in Wirklichkeit eine doppelte Natur hatte, nämlich als Darlehen bezüglich der zugezählten Summe von 11630 L. und als Cession für 8370 L. bezüglich der Forderung an die X'sche Concursmasse; daß die ungünstige Beschaffenheit dieser Forderung, verbunden mit den Eigenthümlichkeiten ihrer Cession und mit den Bedrängnissen des Cessionars die Annahme eines reellen Werthes, der sich in ein dargeliehenes reelles Capital umwandeln ließe, unmöglich mache; daß man ohne Absurdität nicht annehmen könne, daß bei einem onerosen und folglich zweiseitigen Vertrage die ganze Last einem der Contrahenten zufallen solle; daß, wenn auch der Schuldner sich etwa über die Güte der ihm abgetretenen Forderung getäuscht hätte, seine wie immer geartete Meinung das Wesen der Sache keineswegs geändert hätte, und daß jedenfalls, wenn der Erfolg die gewagten Behauptungen des Klägers je rechtfertigen würde, dieser sich nicht beklagen könne, wenn er seine Rechtsansprüche zurückerhalte, während er umgekehrt die Folgen seiner irrthümlichen Berechnungen tragen müsse, vorbehaltlich des Regresses gegen den etwa Mitschuldtragenden; daß endlich das Obergericht, indem es die Rechte und rücksichtlich Verbindlichkeiten der Streittheile auf das genaue Maß nnd die strengen Consequenzen des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages zurückführte, das Gesetz ganz richtig anwandte.“

Nr. 296.

Aufhebung einer letztwilligen Anordnung?

Entsch. vom 17. Februar 1857, Nr. 332 (Best. des Urtheils der Prätur Padua v. 29. Mai 1856, Nr. 6855, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 1. Oct. 1856, Nr. 16687). G. Z. 1857, Nr. 63. Eco d. Trib. 1857, S. 365 ff.

M hinterließ eine letztwillige Anordnung dd. 1. Juni 1850, welche er im Contexte als Codicill bezeichnete, und worin er seiner Nichte sein Landhaus als Prälegat hinterließ. Das Codicill begann mit den Worten: „In aggiunta al mio testamento scrivo il presente codicillo“ und schloß mit den Worten: „Questo intendo, ordino e voglio sia il

mio codicillo ed ultima volontà, annullando qualunque mia anteriore disposizione e successiva, che non contenesse le seguenti parole: Amour à ma soeur!" Es fand sich nun ein Testament dd. 10. September 1844 vor, worin M der B den Nutzgenuß des gesammten Nachlasses legirte, und die C als Erbin einsetzte. Die Worte: „Amour à ma soeur!" fanden sich darin nicht vor. Es entstand nun ein Rechtsstreit zwischen den Intestaterben A und Consorten, als Klägern und den in diesem Testamente bedachten B und C darüber, ob das erwähnte Testament als aufgehoben zu betrachten sei oder nicht. Die erste Instanz sah das Testament als nicht aufgehoben an, indem sie davon ausging, daß alles darauf ankomme, ob sich das Codicill in der That auf das Testament vom 10. September 1844 oder auf ein anderes beziehe, welches nicht aufgefunden worden sei. „Die Kläger, deren Sache es gewesen wäre, den Beweis des Bestandes eines andern Testaments zu führen, geben zu, daß ein anderes nicht aufzufinden sei; es muß daher angenommen werden, daß sich das Codicill eben auf das einzig bestehende Testament beziehe, umsomehr, als im Codicill kein Datum des Testaments angegeben wird, zu welchem es den Anschluß bilden sollte..... Die Bestimmung des §. 716 a. b. G. B. findet auf die Codicillarclausel keine Anwendung, da jener Paragraph von späteren Anordnungen spricht, die Clausel aber auf frühere Anordnungen Bezug nimmt; auch liegt kein ausdrücklicher oder stillschweigender Widerruf des Testamentes vor (§. 717 a. b. G. B.), es muß daher als giltig aufrecht erhalten werden." Die zweite Instanz hielt das Testament für aufgehoben. „Die Worte: „„Unter Aufhebung jeder früheren Anordnung"" haben alle früheren Testamente aufgehoben (§. 717 a. b. G. B.). Da nun die Geklagten selbst zugeben, es sei das producirte Testament das einzige, und da es von früherem Datum ist, so ergebe sich dessen Ungiltigkeit von selbst, zumal man nicht annehmen könne, daß ein 9 Jahre später verfaßtes Codicill das frühere Testament ergänzen solle, vielmehr beide als selbstständige Anordnungen angesehen werden müssen. Bei der bestimmten Fassung des Codicills müssen dessen Anfangsworte: in aggiunta als gleichbedeutend mit seguito und dergleichen angesehen werden, jedenfalls aber an Gewicht verlieren...." Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Aus dem Inhalt des Codicills geht deutlich hervor, daß der Erblasser ein von ihm früher gemachtes Testament im Auge hatte, welches er aufrecht erhalten wissen wollte; denn er erklärt ja im Eingange des Codicills, daß er zu seinem Testamente einen Zusatz machen wolle. Nun ist aber nach dem Tode des M kein anderes Testament gefunden worden, als jenes vom 10. September 1844, und die Kläger haben auch keinen Beweis geliefert oder angeboten, daß M außer dem gedachten Testamente ein anderes gemacht habe. Wollte man auch dieses Testament als durch den am Schlusse des Codicills gemachten Beisatz aufgehoben ansehen, so ergibt sich ein Widerspruch mit dem erklärten

Willen des Erblassers, der sich auf sein früheres Testament bezogen hat. Hiezu kommt noch, daß M im Codicill am Schlusse nur gesagt hat: **questo intendo e voglio sia il mio codicillo,** und daß man daher annehmen muß, daß er durch den Beisatz **annullando ecc.** nur sagen wollte, daß jede andere derlei Verfügung, die mit dem Codicille, resp. demjenigen, was er darin augeordnet hatte, nicht übereinstimmen sollte, ungiltig sein soll; es kann aber daraus nicht gefolgert werden, daß er auch die von ihm gemachte Erbeinsetzung annulliren wollte.

Nr. 297.

Anerkennungsvertrag mit dem Beisatze, daß die Schuld in festzusetzenden Raten zurückgezahlt werden solle.

Entsch. vom 17. Febr. 1857, Nr. 1248 (Theilweise Best. des Urtheils der Prätur Pordenone vom 28. Sept. 1856, Nr. 10194, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 4. Dec. 1856, Nr. 20896). Eco d. Trib. 1857, S. 124.

B hat eine Urkunde ausgestellt, worin er anerkennt, dem X 116 Lire schuldig zu sein, „deren Bezahlung in monatlichen Raten zu der Zeit und in der Art, welche noch bestimmt werden wird, erfolgen soll.“ X, welcher sich mit dieser Erklärung deshalb begnügte, weil B an ihn eine Gegenforderung hatte, deren Höhe erst festgesetzt werden mußte, cedirt die Forderung an A, welcher sie einklagt. Die erste Instanz verurtheilte B zur vollständigen Bezahlung binnen 14 Tagen. Die zweite Instanz wies den Kläger ab. Der oberste Gerichtshof setzte drei einmonatliche Termine zur Zahlung fest.

Gründe der ersten Instanz: „Da die Zeit der Zahlung durch den Vertrag nicht festgesetzt ist, thut dies das Gesetz statt der Parteien, und §. 904 a. b. G. B. räumt für diesen Fall dem Gläubiger das Recht ein, die Bezahlung sogleich zu fordern.“

Gründe der zweiten Instanz: „Der §. 904 a. b. G. B. ist auf den Fall nicht anwendbar, weil nicht blos die Zeit, sondern auch die Art der Zahlung künftiger Festsetzung vorbehalten blieb. Der Kläger hat daher nicht eine Klage auf Zahlung, sondern nur auf Erfüllung der bei Unterfertigung der Schuldanerkennung eingegangenen Verpflichtung, besonders da nicht bewiesen ist, daß der Geklagte dazu aufgefordert worden sei, oder gar sich dessen geweigert habe, und da jener Vorbehalt einen integrirenden Theil des Liquidationsactes bildet.“

Gründe der dritten Instanz: „Als der Geklagte.... die Schuld... anerkannte, fügte er hinzu, daß dieselbe in Gemäßheit des gleichzeitig getroffenen Uebereinkommens in später festzusetzenden monatlichen Terminen getilgt werden solle. Diese Einschränkung muß sich der

Kläger.... gefallen lassen, da er sein Begehren einzig auf die bezügliche Urkunde stützt, und es ihm daher nicht gestattet werden kann, sie in jenem Theil, der ihm günstig ist, für sich anzurufen, in dem ihm ungünstigen aber unberücksichtigt zu lassen. Dagegen war er nicht verpflichtet.... eine Feststellung und Liquidirung der Gegenforderung des Geklagten an seinen Cedenten abzuwarten; denn die Urkunde enthält nichts, was darauf hinweist, und der Geklagte hat nicht bewiesen, daß ein derartiges Uebereinkommen besteht. Der oberste Gerichtshof ist daher der Ansicht, daß nichts entgegensteht, schon im gegenwärtigen Processe die Raten zur Zahlung des eingeklagten Betrages festzustellen."

Nr. 298.

Restitution gegen eine verstrichene Fallfrist wegen Verschuldens des Rechtsfreundes.

Entsch. v. 17. Febr. 1857, Nr. 1349 (Abänderung der gleichförmigen Bescheide der Prätur Valdobbiadene vom 17. Sept. 1856, Nr. 3747, und des O. L. G. Venedig v. 11. Nov. 1856, Nr. 20853). Eco d. Trib. 1857, S. 318. Gaz. d. Trib. 1857, S. 588. G. Z. 1857, Nr. 57; 1858, Nr. 131.

In einem gegen B anhängig gemachten Processe wegen Ungiltigkeit eines Kaufvertrages hatte A den Beweis durch Kunstverständige und Zeugen angeboten, welcher auch durch Urtheil zugelassen wurde. Das Gesuch, womit A den Beweis antritt, erwähnt aber des Beweises durch Kunstverständige gar nicht. Es wurde daher auch nur der Zeugenbeweis durchgeführt. Vierzig Tage nach seiner Verständigung vom Schluß des Zeugenverhöres brachte A ein Gesuch um Restitution gegen den verstrichenen Termin zur Antretung des Beweises durch Kunstverständige ein; sein Begehren ward in erster Instanz sowohl als auch in zweiter Instanz abgewiesen. Der oberste Gerichtshof jedoch bewilligte die angesuchte Restitution in der Erwägung, „daß A zur Unterstützung seiner redhibitorischen Klage sowohl den Zeugen-, als auch den Kunstverständigenbeweis angeboten hat, daß der Letztere für ihn sehr wichtig und für den Ausgang seines Processes entscheidend war, und daher unmöglich angenommen werden kann, daß er auf seine Durchführung absichtlich verzichten wolle, während er doch den Proceß nicht fallen ließ, wie aus der Antretung des Zeugenbeweises hervorgeht; daß also nur die Eigenmacht oder eine grobe Nachlässigkeit seines Advocaten es erklären kann, daß nur der eine und nicht zugleich auch der andere Beweis angetreten wurde, weshalb auch angenommen werden muß, daß A in der That keine Kenntniß davon hatte, daß jener den Termin nutzlos verstreichen ließ; daß die Schuld des Advocaten nach Grundsätzen der Billigkeit und nach dem

richtigen Sinne des §. 478 ital. G. O. (§. 491 westgal. G. O.) der Partei, welche für sich ein Rechtsmittel in Anspruch nimmt, niemals entgegengehalten werden kann."

Nr. 299.

Unzulässigkeit der Concurseröffnung auf Grund noch nicht fälliger Wechsel.

Entsch. v. 17. Febr. 1857, Nr. 1433 (Best. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Prag vom 23. Dec. 1856, Nr. 31440, und des O. L. G. Prag vom 20. Jänner 1857, Nr. 1209). G. Z. 1857, Nr. 57.

Nr. 300.

Besitzstörungsklage. Schutz des gestörten Rechtsbesitzes.

Entsch. vom 18. Febr. 1857, Nr. 1178 (Best. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Wiener-Neustadt vom 29. Oct. 1856, Nr. 5044 und des O. L. G. Wien v. 23. Dec. 1856, Nr. 15215). Gerichtsh. 1858, S. 267, 268.

Die Entscheidung der dritten Instanz lautet: „Der oberste Gerichtshof hat in der Erwägung, daß die Gemeinde von Fischau im Vertrag vom 10. October 1801 dem Kläger das ausschließliche Recht zum Steinbrechen auf dem Fischauberg, folglich auf allen denselben umfassenden Parcellen überlassen hat, daher ihm auch das Recht zusteht, allen Anderen und auch den Gemeindegliedern von Fischau das Steinbrechen auf jeder Parcelle des Fischauberges zu untersagen; in der Erwägung, daß, wenngleich der Kläger das ihm ausschließlich zustehende Recht zum Steinbrechen auf dem Fischauberg selbst nicht wirklich ausgeübt hat, daraus nicht gefolgert werden kann, daß er den Besitz dieses Rechtes verloren habe, weil nach §. 351 a. b. G. B. durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen nicht verloren geht; in der Erwägung ferner, daß sowohl aus der Erklärung vom 14. November 1833, als aus den aufgenommenen Zeugenaussagen sich ergibt, daß das erwähnte Recht des Klägers, Andere vom Steinbrechen auf dem Fischauberg auszuschließen, bei wiederholter Gelegenheit von den Gemeindemitgliedern von Fischau anerkannt worden ist; in der Erwägung, daß der Kläger im Besitze dieses Untersagungsrechtes auch durch das rechtskräftige Erkenntniß vom 27. Mai 1856, wenngleich in Bezug auf eine andere Parcelle des Fischauberges, in welcher damals die Besitzstörung erfolgt war, geschützt worden ist, dem außerordentlichen Recurse des Geklagten gegen die gleichförmigen

Erkenntnisse....., durch welche demselben in Gemäßheit der §§. 313, 339 und 351 a. b. G. B. aufgetragen wurde, sich jeder weiteren Störung des Besitzes des ausschließlichen Rechtes des Klägers zum Steinbrechen auf dem Fischauberg, folglich auf allen an diesem Berge befindlichen Oeden, Waldungen und anderen Gründen, bei sonstiger Execution für immer zu enthalten..... keine Folge zu geben befunden."

Nr. 301.

Folgen des Todes des Delaten. — Verhältniß des Haupteides zum Erfüllungseide.

Entsch. vom 24. Febr. 1857, Nr. 425 (theilweise Abänderung der Urtheile des L. G. Udine v. 29. Dec. 1855, Nr. 10745, und des O. L. G. Venedig v. 20. August 1856, Nr. 15441). Gaz. d. Trib. 1857, S. 171. G. Z. 1858, Nr. 140. Gerichtsh. 1858, S. 414.

In einem Executivprocesse brachte der Geklagte Einwendungen vor, und bot darüber den Beweis durch drei Zeugen, nicht aber auch den Erfüllungseid an; zugleich trug er über jene Thatsachen dem Kläger den Haupteid auf, ohne sich darüber auszusprechen, ob er ihn im Rückschiebungsfalle abschwören wolle oder nicht. Vor der Fällung des Beiurtheiles, welches den Zeugenbeweis zuließ, starb der Kläger, welcher in der Verhandlung erklärt hatte, daß er den Haupteid annehme. Von den drei Zeugen bestätigte nur einer die Angaben des Geklagten. Da in der Beweiseinrede der Tod des Klägers erwähnt und documentirt wurde, ordnete das Gericht eine Tagsatzung zur Verhandlung über diesen Incidenzfall an, wobei Geklagter behauptete, der Tod des Klägers könne an der Sache nichts ändern, der Vertreter der Erben des Klägers aber geltend machte, daß nunmehr auf den Eid nicht mehr erkannt werden dürfe.

Die erste Instanz gab dem Klagebegehren ohne Rücksicht auf die Einwendungen des Geklagten statt, indem sie sich darauf berief, daß es bei der eigens angeordneten Nachtragsverhandlung dem Geklagten möglich gewesen wäre, neue Beweismittel, namentlich auch den Erfüllungseid anzubieten, was er unterlassen habe. — Die zweite Instanz erkannte auf den Erfüllungseid des Geklagten: „Es bedarf hier keines ausdrücklichen Anbietens des Erfüllungseides; denn da der Geklagte über dieselben Thatsachen, über welche er den Zeugenbeweis anbot, auch den Haupteid auftrug, ohne anzudeuten, daß derselbe ein irreferibler sein solle, hat er implicite sich auch bereit erklärt, die Richtigkeit dieser Thatsachen zu beschwören, wenn Geklagter nicht schwören sollte."

Der oberste Gerichtshof erkannte ohne weitere Rücksicht auf den Tod des Delaten auf den vom Geklagten aufgetragenen Haupteid „in der Erwägung, daß Geklagter sich im Laufe des mündlichen Verfahrens

beharrlich der Anbietung des Erfüllungseides enthalten hat, und daß daher ohne offenbare Verletzung des §. 162 ital. G. O. (§. 106 a. O. G.) auf den Erfüllungseid nicht erkannt werden kann; daß dies auch nicht damit gerechtfertigt werden kann, daß Geklagter, indem er den Haupteid auftrug, sich stillschweigend zum Erfüllungseid erboten habe, da der Geklagte damit die Sache nur dem Gewissen seines Gegners anheimstellte, ohne sein eigenes zu belasten, oder zu erklären, er selbst werde im Rückschiebungsfalle den Eid ablegen; daß er endlich nicht das Recht verlieren darf, die Sache von dem Haupteide abhängig zu machen, auf welchen der Kläger, als er noch lebte, in der Verhandlung es ankommen lassen zu wollen erklärte."

Nr. 302.

Voraussetzungen des Anspruchs auf Gewährleistung wegen physischer Mängel der Sache. — Beweis der Verletzung über die Hälfte.

Entsch. v. 24. Febr. 1857, Nr. 577 (Best. des das Urtheil des B. G. Salzburg vom 19. Juni 1856, Nr. 2988, theilweise abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 12. Nov. 1856, Nr. 10862). G. Z. 1858, Nr. 109—111.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die Revisionsbeschwerde des Geklagten ist gegen ein ihm günstigeres obergerichtliches Urtheil gerichtet, und daher eine außerordentliche, in Folge welcher nach der bestehenden Vorschrift eine Abänderung der untergerichtlichen Urtheile nur im Falle einer offenbaren Ungerechtigkeit oder Gesetzwidrigkeit stattfinden könnte, zumal der Kläger gegen die Zulassung derselben ausdrücklich protestirt hat. Ein solcher Fall ist jedoch hier nicht vorhanden, da die beiden Einwendungen der Gewährleistung und der Verletzung über die Hälfte, welche der Geklagte der auf die Erfüllung des Pferdetauschvertrages, den er mit dem Kläger abgeschlossen hat, gerichteten Klage des Letzteren entgegenstellte, immerhin aus erheblichen Gründen für unstatthaft erkannt worden sind. Denn was die Gewährleistung betrifft, so steht dieser Einwendung, abgesehen von dem obergerichtlichen angeführten Umstande, daß der Geklagte die Pferde des Klägers bei Gelegenheit des Tausches mit Beihilfe des Pferdehändlers Z untersuchte, sie durch eine vorgenommene Fahrt und durch einen Ritt probiren ließ, daß er das Krummgehen des Sattelpferdes bemerkte, ein solches auch nach der Aussage der Sachverständigen selbst für einen Nichtsachverständigen nicht schwer zu erkennen war, daß er nach den ausgeführten Proben keine weitere Ausstellung machte, und sohin den Tauschvertrag ohne alle Bedingung abschloß, noch weiters entgegen, daß die vernommenen Sachverständigen

21*

die an dem Sattelpferde befundene Schulterlähme nur für „nicht unwahrscheinlich unheilbar", folglich nicht bestimmt als unheilbar erklärten, sowie auch aus ihrem Befunde nicht hervorgeht, daß der an demselben Pferde wahrgenommene Hornhautfleck des rechten Auges unheilbar, und schon beim Tauschabschlusse oder zur Zeit der bedungenen Uebergabe vorhanden gewesen sei. Hiernach kann auf Seite des Geklagten das Recht, den Tauschvertrag aufzuheben und sich von dessen Erfüllung befreit zu halten, nach §. 928 und §. 932 a. b. G. B. nicht anerkannt werden. Ebenso liegt nicht erwiesen vor, daß der Geklagte durch den abgeschlossenen Tauschvertrag über die Hälfte verletzt worden sei; denn um dies annehmen zu können, müßte der Werth der beiderseitigen Tauschobjecte dargethan sein. Dies ist aber in Ansehung des Pferdes des Geklagten nicht der Fall, da in der Aussage des Zeugen K über den von ihm angegebenen Werth desselben pr. 100 fl. C. M. nur eine halbe Probe liegt, diese aber weder durch die Aussage des Zeugen L, welcher sich in mancher Hinsicht sehr schwankend aussprach, noch durch den Erfüllungseid, der zur Ergänzung eines Kunstbefundes, welcher hier in den Aussagen des K und L niedergelegt ist, überhaupt unzulässig erscheint, ergänzt werden kann."

Nr. 303.

Executionsfähigkeit eines im Concursverfahren geschöpften Liquidirungsurtheils nach aufgehobenem Concurse.

Entsch. v. 24. Febr. 1857, Nr. 1227 (Aufhebung der gleichlautenden Bescheide des B. G. Hernals vom 10. November 1856, Nr. 16213 und des O. L. G. Wien vom 26. November 1856, Nr. 15550). G. Z. 1857, Nr. 56.

Nr. 304.

Verpflichtung des Gegners einer Concursmasse zur Entrichtung der dem Masse-Curator für die Vertretung der Masse zuerkannten Verdienstgebühr?

Entsch. v. 25. Febr. 1857, Nr. 1320 (Best. der gleichlautenden Entscheidungen des Kr. G. Przemysl vom 2. Juli 1856, Nr. 4253, und des O. L. G. Lemberg vom 12. November 1856, Nr. 21382). G. Z. 1857, Nr. 60.

A hatte wider die Concursmasse des C auf Löschung einer für diesen haftenden Satzpost geklagt; der Massecurator gab seine Einwilligung zur Vornahme der angesuchten Löschung, die dann auch vom Gerichte

mit dem Zusatze bewilligt wurde, daß der Massecurator sich wegen der ihm passirten Verdienstgebühr bei der Concursmasse zu erholen habe. Gegen diesen letzteren Punkt recurrirte der Massecurator, indem er sich auf die Uneinbringlichkeit der Honorarforderung bei der C'schen Masse, sowie auf den Umstand berief, daß seine Zustimmung in dem Klagebegehren eine Mühewaltung zum Vortheile des Klägers gewesen sei, wofür ihm dieser zu einer Vergütung verpflichtet sei. Die zweite Instanz verwarf diesen Recurs, da die Einwilligung zur Löschung ein im Interesse der Masse zur Vermeidung eines muthwilligen Processes nothwendig zu ergreifendes Rechtsmittel war, hierin also nur ein der Partei des Recurrenten geleisteter Dienst zu sehen ist. Der Massecurator ergriff den Revisionsrecurs, in welchem er insbesondere auch geltend machte, daß der oberste Gerichtshof in einem ähnlichem Falle (Entscheidung vom 7. December 1854, Nr. 11188 — s. oben Nr. 52) die Zahlung der dem Curator einer Posterität für deren Vertretung zuerkannten Gebühr dem Kläger auferlegt hatte. Der oberste Gerichtshof verwarf jedoch diesen Recurs, „da weder die Uneinbringlichkeit der Honorarforderung des Recurrenten bei der C'schen Masse, noch der für den Kläger durch die Löschung der auf seiner Realität haftenden Last entspringende Vortheil für das Begehren des Curators entscheidend sei, indem nach §. 529 westgal. G. O. (§. 398 a. G. O.) dem einem Armen von Amtswegen beigegebenen Vertreter vom Gegentheile nur dann, wenn er in die Proceßkosten verurtheilt wird, die Gebühr des Verdienstes zu entrichten sei, was in dem vorliegenden Falle nicht stattgefunden habe.“ Rücksichtlich des von dem Recurrenten angezogenen Präjudicates des obersten Gerichtshofes wurde darauf hingewiesen, daß Präjudicate für andere Fälle niemals maßgebend seien.

Nr. 305.

Nichtigerklärung einer Feilbietung wegen unterlassener Verständigung eines aus dem Feilbietungserlöse vollständig befriedigten Pfandgläubigers.

Entsch. vom 25. Febr. 1857, Nr. 1423 (Best. des das Urtheil der Prätur Sarnico v. 30. August 1856, Nr. 4798, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand vom 29. Nov. 1856, Nr. 13738). Eco d. Trib. 1857, S. 117. Gaz. d. Trib. 1858, S. 359 ff.

Die Verständigung von einer vorzunehmenden executiven Feilbietung eines Grundstückes wurde aus Versehen statt dem zuerst eingetragenen Pfandgläubiger einem anderen Bewohner desselben Ortes, welcher denselben Namen führt, zugestellt. Obgleich nun jener Satzgläubiger aus dem Erlöse mit seiner Forderung vollkommen befriedigt werden kann und der Ersteher ihm die Befriedigung auch anbietet, verlangt er doch die

Nichtigerklärung des erfolgten gerichtlichen Verkaufes. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab, weil dem Kläger aus der ohne vorausgegangene Verständigung abgehaltenen Feilbietung kein Schade erwachsen sei, „und der Pfandgläubiger, welcher, ohne beschädigt zu sein, die Unterlassung der Verständigung geltend macht, die Grenzen seines Interesse und des Zweckes der Hypothekbestellung überschreitend, sich dem §. 1035 a. b. G. B. zuwider zum Vertreter fremder Interessen machen und zu Gunsten Dritter ein Recht ausüben würde, das diese nach §. 462 a. b. G. B. unbenützt lassen können." Die beiden höheren Instanzen gaben dem Klagebegehren statt, „in der Erwägung (so lauten die Entscheidungsgründe des obersten Gerichtshofes), daß die Anordnung des §. 427 ital. G. O. (§. 438 westgal. G. O.) in einem hochwichtigen, öffentlichen Interesse erlassen wurde, da sie bestimmt ist, die Interessen nicht blos des Executen, sondern auch der Pfandgläubiger sicherzustellen, und daß es, da die Fassung des Gesetzes deutlich und klar ist, nicht gestattet sein kann, sich der Anwendung desselben durch Untersuchung des Zweckes, den es vor Augen hatte, zu entziehen;... in der Erwägung, daß das Gesetz, wo die Verständigung eines Pfandgläubigers unterblieben ist, die Feilbietung für nichtig erklärt, ohne zu unterscheiden, ob der nicht verständigte Satzgläubiger dadurch einen Schaden erleide oder nicht; in der Erwägung endlich, daß es nicht genug sei, wenn der Ersteher dem Kläger vollständige Befriedigung seiner Forderung anbietet, da das Gesetz vielmehr fordert, daß er alle eingetragenen Gläubiger befriedige, offenbar, weil es die Absicht hat, den Executen und alle Gläubiger vor Benachtheiligungen zu schützen."

Nr. 306.

Beweislast in Ansehung der Echtheit und Giltigkeit eines Testamentes.

Entsch. v. 4. März 1857, Nr. 1724 (Best. des Urtheils des L. G. Linz v. 23. Mai 1856, Nr. 3238, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 12. Nov. 1856, Nr. 10790). Haimerl's Magazin Bd. XVI, S. 510 ff.

M starb mit Hinterlassung eines schriftlichen Testamentes. Die von den Testamentserben abgegebene Erbserklärung wurde von der Abhandlungsbehörde angenommen, während die vermeintlichen gesetzlichen Erben auf den Rechtsweg gewiesen wurden. Sie klagten nun auf Ungiltigkeit des Testamentes und auf Anerkennung ihres gesetzlichen Erbrechts. In dieser Klage „widersprachen sie: 1. daß die Unterschrift des Testators von ihm herrühre; 2. daß der Inhalt des Testamentes wahr sei, da der Testator das Testament nicht in gleichzeitiger Gegenwart dreier Zeugen, wovon einer dasselbe laut vorgelesen und die zwei anderen

davon Einsicht genommen haben, eigenhändig unterschrieben habe; 3. daß der Erblasser seinen Willen bestimmt und nicht durch bloße Bejahung erklärt habe; 4. daß ungeachtet der beinahe gänzlichen Erblindung des Testators die Förmlichkeiten des §. 581 a. b. G. B. beobachtet wurden; 5. daß die Förmlichkeiten des §. 579 beobachtet worden seien."

Die erste Instanz wies die Kläger mit ihrem Begehren ab; die zweite erkannte, daß das Testament des M ungiltig sei und daß daher die gesetzliche Erbfolge eintrete; die dritte Instanz bestätigte die Entscheidung der ersten.

Gründe der ersten Instanz: „Für die von den Klägern ad 1 behauptete Unechtheit des Testamentes ist von ihnen in der Klage gar kein Beweis angeboten worden, was ihnen doch nach §. 104 a. G. O., und insbesondere nach dem §. 89 des Patentes vom 28. Juni 1850 R. G. Bl. Nr. 255, obgelegen wäre, daher diese, von den Geklagten widersprochene Thatsache der Unechtheit der Unterschrift des Testators auf dem Testamente für wahr nicht zu halten ist. Die von den Klägern in der Replik gemachte Anerbietung, auf die von den Geklagten für Echtheit der Unterschrift angebotenen Beweise zu compromittiren, sowie der von den Klägern in der Replik angebotene Beweis durch Vergleichung der Handschriften des Testators auf dem Testamente mit der Unterschrift desselben auf einem Cessionsinstrumente sind Neuerungen, welche bei der Protestation des Geklagten nach §. 47 a. G. O. unzulässig sind. Die von den Geklagten zugegebenen, sub 2 angeführten Thatsachen, daß nämlich die zur Errichtung des Testamentes zugezogenen Zeugen dasselbe nicht eingesehen haben, und dasselbe nicht vorgelesen worden sei, beweiset nichts für die Ungiltigkeit des Testamentes, weil nach §. 579 a. b. G. B. die Zeugen den Inhalt des Testamentes zu wissen nicht nöthig haben. Ueber die Thatsache der beinahe gänzlichen Erblindung des Erblassers in dem Zeitpunkte der Testamentserrichtung haben die Kläger den Zeugenbeweis in der Klage, die Geklagten den Gegenbeweis durch Zeugen in der Einrede angeboten, die zugelassen und abgeführt wurden. Der Zeugenbeweis der Kläger kann durch die Aussagen der abgehörten vier Zeugen nicht als hergestellt angesehen werden, dagegen muß der Beweis über die zum Lesen und Schreiben hinlängliche Sehkraft des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung als durch die Aussagen der Zeugen der Geklagten vollkommen hergestellt angesehen werden; es war daher auf die in der Klage aufgetragenen Haupteide und auf den in der Replik angetragenen Beweis durch Sachverständige, daß die Unterschrift auf der Cessionsurkunde von einem Blinden herrühren müßte, welch' letztere Beweisanbietung übrigens auch eine unzulässige Neuerung ist, nicht weiter einzugehen. Da nun rechtlich erwiesen ist, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung des schriftlichen Testamentes zu lesen vermochte, so kann der Abgang der im §. 581 a. b. G. B. aufgeführten Erfordernisse die Ungiltigkeit des Testamentes nicht nach sich ziehen. Wegen des Abgangs der

übrigen gesetzlichen Erfordernisse bei Errichtung des schriftlichen Testamentes beziehen sich die Kläger auf die der Klage allegirten Protokolle, und bieten zugleich nach erhaltener Legungsbewilligung den Zeugenbeweis replicando, die Geklagten dagegen über das Dasein dieser gesetzlichen Erfordernisse den Zeugenbeweis der Einrede an; diese Beweise sind zugelassen und abgeführt worden. Die der Klage angeschlossenen Protokolle sind wegen Mangels der gerichtsordnungsmäßigen Form, die für die Vernehmung im Proceßwege vorgeschrieben ist, im gegenwärtigen Rechtsstreite um so minder zu berücksichtigen, als eben in den vorangeführten und abgeführten Zeugenbeweisen der Replik und der Einrede dieselben Zeugen gerichtlich abgehört worden sind, welche in den der Klage allegirten Protokollen erscheinen. Diese beiden Zeugen haben nun angegeben, daß sie beide, X und Y, und der früher verstorbene Z sich im Monate... in die Wohnung des M, der sie rufen ließ, begaben, daß sie da von der Ursache ihrer Herbeiholung, nämlich um Zeugen des Testamentes des M zu sein, in Kenntniß gesetzt wurden, daß Y das Testament des M in Händen hielt, und denselben fragte: ob dieses Testament seinem Willen gemäß sei, was M mit Ja und in einer solchen Art und Weise des Benehmens bekräftigte, daß sämmtliche Zeugen die Ueberzeugung erhielten, daß M das von Y gehaltene Testament als seinen letzten Willen erklärt wissen wollte, daß sohin die Zeugen das Testament unterschrieben; auch bestätigten X und Y weiter, daß das ihnen producirte Originaltestament des M dasselbe sei, welches damals M als seinen Willen erklärte, und welches sie als Zeugen unterschrieben haben. X und Y sind unbedenkliche Zeugen. Die Kläger behaupten wohl, daß Y bedenklich sei; dies ist aber nicht der Fall; denn die Umstände, daß Y der Verfasser des Testamentes war und dafür honorirt wurde, thun nicht im Geringsten dar, daß derselbe aus dem Erfolge des gegenwärtigen Rechtsstreites einen unmittelbaren Schaden oder Nutzen zu erwarten habe, und ebensowenig ist auf ihn wegen der Verfassung des Testamentes der §. 1299 a. b. G. B. anwendbar. Durch die Aussagen der beiden Zeugen ist also nach §. 137 a. G. O. der vollständige Zeugenbeweis dafür, daß bei Errichtung des Testamentes des M die Erfordernisse des §. 579 a. b. G. B. erfüllt wurden, hergestellt."

Gründe der zweiten Instanz: „Zufolge des §. 579 a. b. G. B. wird zu einem rechtsgiltigen schriftlichen Testamente erfordert, daß der Erblasser dasselbe eigenhändig unterfertige. Nun widersprechen aber die Kläger, daß das von den Geklagten producirte Testament, auf welches sie ihre Erbserklärung stützen, von dem Erblasser eigenhändig unterfertigt worden sei. Da nun Kläger in der Klage widersprochen haben, daß die im Testamente vorkommende Unterschrift des M von seiner Hand herrühre, allein über die Unechtheit dieser Schrift keinen Beweis geliefert haben, die Geklagten dagegen behaupten, daß diese Unterschrift wirklich von M mit eigener Hand beigesetzt wurde, übrigens über diesen Umstand gleichfalls keinen Beweis hergestellt haben, so handelt es sich hier um die

Beantwortung der Frage, wem diesfalls die Beweislast obliege, ob den Klägern oder den Geklagten? Bei Beantwortung dieser Frage ist der §. 134 a. G. O. zur Richtschnur zu nehmen, welcher ausdrücklich anordnet, daß in dem Falle, als behauptet wird, daß die beigebrachte Urkunde die Handschrift eines Verstorbenen sei und jener, wider welchen sie angeführt wird, es widerspricht, dem Beweisführer, sohin demjenigen, der sein Recht auf eine vom Erblasser eigenhändig geschriebene Urkunde gründet, der Beweis der Echtheit obliege. Nun sind es die Geklagten, die ihr Erbrecht zu der Verlassenschaft des M auf das producirte Testament stützen. Die Kläger stützen ihr Erbrecht lediglich auf das Verwandtschaftsverhältniß mit dem Erblasser, und nur darüber hätten sie den Beweis zu liefern, wenn dasselbe von den Geklagten widersprochen worden wäre. Der Umstand, daß die Erbserklärung des Geklagten zu Gericht angenommen wurde, und die Kläger angewiesen wurden, ihre Erbrechtsansprüche im ordentlichen Rechtswege auszutragen, befreit die Geklagten, von dem ihnen obliegenden Beweise der Echtheit der Unterschrift des Erblassers nicht. So lange kein Widerspruch des Gegners gegen die Echtheit einer Handschrift des Verstorbenen vorliegt, kann der Richter eine solche Handschrift nicht beanständen. Er hat daher eine auf Grund eines Testamentes, welches mit dem Namen des Testators unterfertigt erscheint und welches mit den übrigen äußerlichen gesetzlichen Förmlichkeiten versehen ist, überreichte Erbserklärung, in welcher wenigstens indirect die Behauptung enthalten ist, daß die Unterschrift von der Hand des Testators herrühre, ohne weiteres anzunehmen. Ist aber eine solche Erbserklärung überreicht und überreicht auch ein anderer auf Grund der gesetzlichen Erbfolge eine Erbserklärung, so hat der Richter nach der Vorschrift des §. 88 des Patentes vom 28. Juni 1850, Nr. 255, den Letzteren anzuweisen, als Kläger aufzutreten. Dadurch ist aber die Vorschrift des §. 134 a. G. O., daß derjenige, der behauptet, daß die beigebrachte Urkunde die Handschrift eines Verstorbenen sei, bei dem Widerspruche des Gegners diese Behauptung zu beweisen habe, keineswegs aufgehoben oder beschränkt. Durch die Vorschrift des §. 88 des Patentes vom 28. Juni 1850 ist lediglich festgestellt, daß derjenige, der ein mit den vorgeschriebenen äußeren Förmlichkeiten versehenes Testament producirt, von den gesetzlichen Erben zum Erweise seines Erbrechtes nicht aufgefordert werden könne. Eine ähnliche Vorschrift enthält §. 323 a. b. G. B., welcher bestimmt, daß der Besitzer einer Sache zur Angabe eines giltigen Titels nicht aufgefordert werden kann. So wenig aber auch aus dieser letzten Vorschrift die Folgerung abgeleitet werden kann, daß derjenige, welcher gegen einen Besitzer die Eigenthumsklage anstellt, beweisen müsse, daß der Geklagte durch eine Art in Besitz gelangt sei, wodurch er kein Eigenthumsrecht auf die Sache erwerben konnte, sondern es in dem Falle, wenn der Kläger nachweiset, daß er dieselbe in sein Eigenthum gebracht habe, Sache des Besitzers ist, darzuthun, auf welche Art und Weise das Eigenthum an ihn übergegangen ist, so muß auch bei dem

Widerspruche des Klägers (welcher in der Klage ausweiset, daß er als gesetzlicher Erbe erscheine), daß die Unterschrift auf einem Testamente von dem Erblasser herrühre, von den Geklagten die Echtheit der Unterschrift dargethan werden. Um den Unzukömmlichkeiten zu begegnen, welche aus einer irrigen Auffassung des erwähnten Paragraphen des früheren Abhandlungsgesetzes entstanden sind, hat das neueste Gesetz über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen (vom 9. August 1854, §. 126) eine Anordnung getroffen, woraus hervorgeht, daß diejenigen, deren Ansprüche nur auf der gesetzlichen Erbfolge beruhen, nur gegen diejenigen, die auf Grund einer in der gehörigen Form errichteten und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittenen letzten Willenserklärung sich als Erben erklärten, als Kläger aufzutreten haben."

Gründe der dritten Instanz: „Nach den Grundsätzen der G. O. (§. 104) kann die Frage, wem in diesem Processe die Beweiseslast obliege, nur dahin beantwortet werden, daß die Kläger, welche die Ungiltigkeit des in Frage stehenden schriftlichen Testaments behaupten, diese Thatsache um so mehr gerichtsordnungsmäßig zu erweisen verpflichtet sind, als hierin eben jene Thatsache liegt, woraus sie ihr Erbrecht nach dem Gesetze ableiten, welches nur in Ermanglung einer giltigen letztwilligen Anordnung Statt findet (§. 727 a. b. G. B.). Es kann daher nicht genügen, das Vorhandensein der inneren und äußeren Erfordernisse der Giltigkeit der letztwilligen Anordnung zu widersprechen, und die Geklagten zur Führung des Beweises ihrer Giltigkeit aufzufordern; denn nach der Natur der Proceßführung setzt ein Widerspruch eine im Processe früher behauptete Thatsache voraus; die von den Klägern schon in der Klage negirten Thatsachen sind aber in dem Processe noch nicht vorgekommen; der Widerspruch angeführter Thatsachen gehört zur Vertheidigung, während der Kläger die angeführten, wenn auch negativen Thatsachen mit den erforderlichen Beweisen unterstützen muß, widrigens sie nicht für wahr gehalten werden dürfen. Die Kläger erscheinen daher processualisch verpflichtet, den von ihnen behaupteten Mangel aller Erfordernisse zu beweisen, wodurch die Ungiltigkeit des schriftlichen Testaments des M begründet wird, ohne Unterschied, ob die Echtheit der Unterschrift des Erblassers oder der Zeugen oder das Vorhandensein eines sonstigen Erfordernisses zur Giltigkeit desselben bestritten wird. Diesem steht auch weder die Anordnung des §. 134 a. G. O., noch der §. 126 des Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, entgegen; denn der erstere setzt den Fall voraus, daß Jemand zum Beweise oder zu seiner Vertheidigung eine Urkunde mit der Behauptung producirt, daß dieselbe die Handschrift des Verstorbenen sei und dies von den Producten geläugnet wird: hier muß natürlich der Producent den Beweis der Echtheit seines Allegats liefern. Im vorliegenden Rechtsfalle, in welchem es sich nicht um den Beweis der Giltigkeit des fraglichen Testaments, sondern um die Nachweisung der Ungiltigkeit desselben handelt, sind es die Kläger, welche das Testament produciren, die Geklagten sind aber die Producten; die Kläger sind es, welche die Unechtheit dieser von ihnen selbst producirten

Urkunde widersprechen wollen, auf welchen der Fall §. 134 a. G. O. offenbar keine Anwendung findet. — Der §. 126 des Patentes vom 9. August 1854 hat in den Bestimmungen der G. O. nichts geändert, sondern seine Tendenz geht blos dahin, zu bestimmen, wer bei collidirenden Erbsprätensionen als Kläger aufzutreten habe und es mag immerhin sein, daß auf eine Beschwerde der Kläger, wenigstens so weit es die bestrittene Echtheit des Testamentes betrifft, von dem Obergerichte eine andere, ihnen günstigere Erledigung erfolgt wäre; allein gegenwärtig ist der Bescheid der Abhandlungsbehörde, womit die Annahme der Erbserklärung der Kläger aus dem Gesetze verweigert wurde, und womit sie mit der Geltendmachung ihrer Erbsansprüche auf den Rechtsweg verwiesen worden sind, längst in Rechtskraft erwachsen, und sie haben die Klage überreicht, welche darauf gerichtet ist, zu erkennen, das von ihnen producirte schriftliche Testament sei ungiltig und es trete demnach die gesetzliche Erbfolge zum Nachlasse des M ein; — sie müssen sich daher auch allen Verpflichtungen unterziehen, welche die G. O. dem Kläger auferlegt und welche darin bestehen, daß er schon in der Klage die Thatsache, woraus ihm ein Recht erwachsen sein soll, vollständig anzuführen und zu beweisen hat (§§. 3 u. 104 a. G. O.), widrigens der Richter solche bei dem Widerspruche des Gegners nicht für wahr halten darf. Es muß demnach mit Grund behauptet werden, daß es den Klägern obliege, alle jene Thatsachen, woraus sie die Ungiltigkeit des fraglichen Testamentes deduciren, also auch die behauptete Unechtheit desselben gerichtsordnungsmäßig zu beweisen. Es kann daher lediglich auf die Prüfung der von den Klägern, deren Verwandtschaftsverhältniß mit dem Erblasser nicht bestritten wird, rücksichtlich der behaupteten Ungiltigkeit des fraglichen Testamentes beigebrachten Beweise ankommen. Was nun zuerst die behauptete Unechtheit der Unterschrift des Testators betrifft, so wird dieser Behauptung von den Geklagten ausdrücklich widersprochen und von den Klägern hierüber ein Beweis weder angeboten noch geliefert, daher diese Behauptung um so weniger für wahr gehalten werden kann, als die von beiden Theilen verlangte Vergleichung der Handschrift des M auf dem Testamente mit jener auf der vorgelegten Cession über deren Echtheit keinen Zweifel übrig läßt. — Die sub 2 angeführten, in dem Testament enthaltenen Thatsachen, daß der Testator das Testament in gleichzeitiger Gegenwart dreier Zeugen, wovon einer dasselbe deutlich vorgelesen und die andern zwei Zeugen davon Einsicht genommen, eigenhändig unterschrieben habe, sind nach dem Zugeständnisse der Geklagten allerdings nicht richtig; allein hierdurch wird weder die Unechtheit des Testaments, noch die Ungiltigkeit desselben erwiesen, denn die betreffende Anmerkung ist kein Bestandtheil der letzten Willenserklärung, sondern eine gleichgiltige Anführung von Förmlichkeiten, von denen es ohne Abbruch der Giltigkeit des Testamentes wieder abkommen konnte, da die Testamentszeugen nach §. 579 a. b. G. B. den Inhalt des Testamentes zu wissen nicht nöthig haben, und die Unterfertigung des Erblassers in Gegenwart

aller drei Zeugen gemäß §. 580 ebd. nur dann erforderlich ist, wenn solche mittelst eines Handzeichens geschieht. — ad 3. Daß der Erblasser seinen letzten Willen nicht bestimmt erklärt habe, folgern die Kläger aus der von ihnen beigebrachten Aussage der Zeugen X, nach welcher Zeuge Y den Erblasser fragte: Nun Herr M, ist es Ihnen so recht, wie ich es Ihnen vorgelesen habe? Worauf derselbe erwiederte: „Ja, ja, ja, es ist schon recht" — daß daher keine bestimmte Willenserklärung, sondern nur eine einfache Bejahung vorliege, welche gemäß §. 565 a. b. G. B. ungenügend sei. Allein abgesehen davon, daß selbst die Angabe bei dem Widerspruche der Geklagten und bei der offenbaren Beweislosigkeit der Zeugenaussage des X, da sie weder im Streitverfahren, noch zum ewigen Gedächtnisse aufgenommen wurde, und überdies mit der gleichfalls eidlichen Aussage des Zeugen Y im Widerspruche steht, nicht für erwiesen angesehen werden kann, so bezieht sich die Anordnung des §. 565 a. b. G. B. offenbar auf den Inhalt der letztwilligen Verfügung selbst, und in sofern einer Bejahung gemachter Vorschläge daselbst erwähnt wird, können nur mündliche letztwillige Erklärungen des Erblassers gemeint sein, wenn solche sohin auch zu Papier genommen wurden. Der §. 565 a. b. G. B. hat daher auf die von den Klägern angeführten Thatsachen keine Anwendung, wornach durch die Frage des Zeugen Y nicht der in dem schriftlichen Testamente bereits bestimmt und deutlich erklärte letzte Wille des M dargestellt, sondern nur der Umstand constatirt werden sollte, ob die Urkunde, welche M als sein Testament bezeichnete und bereits unterschrieben hatte, wirklich seinem Willen entspreche. Ad 4. Nicht nur haben die Kläger (wie in den oberstrichterlichen Beweggründen umständlich auseinandergesetzt wird) den ihnen obgelegenen Beweis des blinden oder fast blinden Zustandes des Erblassers, wodurch ihm das Lesen seines Testamentes unmöglich gewesen wäre, gerichtsordnungsmäßig nicht geliefert; auch das, was die klägerischen Zeugen aussagten, ist vollkommen durch den Zeugenbeweis der Geklagten entkräftet worden; es kann daher die Außerachtlassung der Förmlichkeit des §. 581 a. b. G. B. die Ungiltigkeit des in Frage stehenden schriftlichen Testamentes nicht nach sich ziehen, weil der in diesem Paragraphe angedeutete Fall erwiesenermaßen nicht vorhanden ist. Es erübrigt also noch der unter 5 behauptete Grund der Ungiltigkeit des Testamentes, nämlich die von den Klägern behauptete Vernachlässigung der zu dessen Giltigkeit erforderlichen Förmlichkeiten des §. 579 a. b. G. B. Diese bestehen a) in der eigenhändigen Unterfertigung des Erblassers, b) in der Bestätigung desselben vor drei Zeugen, daß der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte, wobei wenigstens zwei dieser Zeugen gleichzeitig gegenwärtig sein sollen, und c) in der Unterfertigung der drei Zeugen. In Betreff der von den Klägern behaupteten Unechtheit der eigenhändigen Unterschrift des Erblassers selbst wurde bereits oben erörtert, daß solche wegen Mangel eines gerichtsordnungsmäßigen Beweises nicht für wahr zu halten sei. Die Unterfertigung der drei Testamentszeugen wird ohnehin nicht

in Abrede gestellt. Zum Beweise des Mangels der sub b) so eben erwähnten Förmlichkeit berufen sich die Kläger auf die in der Klage beigebrachten eidlichen Aussagen der Testamentszeugen X und Y und bieten in der Replik (mit Legungsbewilligung) den ordentlichen Zeugenbeweis mit eben diesen beiden Zeugen an, welcher auch zugelassen und abgeführt wurde; allein es kann darnach der Mangel der im §. 579 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeit nicht als von den Klägern bewiesen, und muß vielmehr das Gegentheil angenommen werden. Bei so bewandten Umständen wurden also die Kläger von dem ersten Richter mit allem Fuge mit ihrer Klage abgewiesen, daher dieses Urtheil auch von Seite des obersten Gerichtshofes bestätigt wird."

Nr. 307.

Umfang der Versorgungspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes.

Entsch. v. 4. März 1857, Nr. 1743 (Best. des Urtheils der Prätur Maggio v. 12. Juni 1856, Nr. 1263, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 19. Nov. 1856, Nr. 18316). G. Z. 1857, Nr. 79.

Der vermögliche B, unehelicher Vater des A, hatte denselben auf seine Kosten die Elementarschule besuchen und sodann das Tischlerhandwerk erlernen lassen. A, der später nach seinem Austritte aus dem Militärstande ohne Versorgung war, klagte seinen Vater auf Verschaffung der gesetzlichen Versorgung. Die erste Instanz gab diesem Klagebegehren in der Hauptsache statt, indem sie von der Erwägung ausging, daß der §. 166 a. b. G. B. dem unehelichen Vater die Verpflichtung zu einer seinem Vermögen angemessenen Verpflegung, Erziehung und Versorgung auferlegt; das Maß der letzteren sei im Gesetze nicht bestimmt, es werde daher von der Analogie des §. 1221 a. b. G. B. Gebrauch gemacht und eine den erhobenen Umständen entsprechende Summe beziffert. Die zweite Instanz wies den Kläger ab, „da es außer Zweifel sei, daß der Geklagte seinen unehelichen Sohn verpflegt und erzogen habe; er habe ihn aber auch in den Stand gesetzt, sein weiteres Fortkommen zu finden, einen dauernden Nahrungsstand zu gründen, d. h. versorgt; mehr könne Kläger nicht ansprechen, eben so wenig als ein Sohn, welcher zur Medicin oder Advocatur herangebildet worden, von seinem außerehelichen Erzeuger überdies noch ein Capital zum Antritte dieses Erwerbstandes begehren könnte."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Der §. 166 a. b. G. B. unterscheidet Verpflegung, Erziehung und Versorgung. Die Erziehung begreift auch den Unterricht in nützlichen Kenntnissen in sich (§§. 139 und 672 a. b. G. B.);

es wird also hiedurch die persönliche Befähigung geweckt und gebildet, welche in der Versorgung die Mittel finden muß, eine dauernde Subsistenz zu gründen, sich ein weiteres Fortkommen zu verschaffen; dieser Verpflichtung hat der Geklagte allein dadurch, daß er den Kläger das Tischlergewerbe erlernen ließ, nicht genügt; es ist daher die Klage wohl begründet. Die zuerkannte Summe aber ist den erhobenen Umständen des Vermögens entsprechend."

Nr. 308.

Unwirksamkeit der im Urtheil erfolgenden Gerichtskostenbestimmung gegenüber dem Advocaten Desjenigen, welchem der Ersatz der Gerichtskosten zugesprochen wurde.

Entsch. vom 4. März 1857, Nr. 1879 (Aufhebung der den Bescheid des L. G. Wien vom 31. Oct. 1856, Nr. 44564, abändernden Verordnung des O. L. G. Wien v. 23. Dec. 1856, Nr. 16370). Gerichtsh. 1857, S. 275.

B hat einen Proceß gewonnen und es ist sein Gegner zum Ersatz der Gerichtskosten verurtheilt worden. Da er indeß mit seinem Advocaten A über den diesem gebührenden Betrag sich nicht einigen kann, verlangt letzterer die gerichtliche Bestimmung, und es erfolgt dieselbe in einem höheren Betrage, als derjenige ist, zu dessen Ersatz der Gegner des B verurtheilt wurde. — Dem Recurse, worin B geltend macht, es seien die Expensen bereits durch rechtskräftiges Urtheil bestimmt und er daher nicht verpflichtet, mehr zu zahlen, gab das Oberlandesgericht statt. Der oberste Gerichtshof bestätigte auf den Recurs des A den Bescheid der ersten Instanz, „da das Urtheil das Verhältniß des Recurrenten zu seinem Machtgeber nicht berührt, daher auch gegen jenen nicht in Rechtskraft erwachsen konnte. Es steht dem Advocaten gegen eine nach seiner Ansicht zu geringe Expensenbestimmung unstreitig ein Recht zur Beschwerde zu, welches ihm aber in den Fällen, wo die von einer Partei der andern zu ersetzenden Gerichtskosten in dem zwischen ihnen ergangenen Urtheile bestimmt würden, gänzlich benommen sein würde, da dem Advocaten für seine Person gegen die Urtheile keine Berufung zusteht."

Nr. 309.

Abnährungsvertrag. — Qualificirtes Geständniß. — Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Entsch. v. 11. März 1857, Nr. 1812 (Best. des Urtheils des B. G. Urfahr v. 31. Mai 1856, Nr. 1035, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 29. Oct. 1856, Nr. 10261). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 139 ff.

A und C klagen gegen B auf Zahlung von 512 fl. $15^3/_4$ kr. als Ersatz für geschehene Wohnungsbenützung und genossene volle Abnährung. Sie stützen die Klage darauf, daß sie dem B vom 17. März 1848 bis 29. September 1854 die volle Nahrung und durch $4^1/_2$ Jahre auch die Wohnung deßhalb gegeben haben, weil ihnen B zugesichert habe, die ihnen im Februar 1848 geliehenen Capitalien pr. 1000 fl. und 100 fl. zu belassen, wenn sie ihn bei sich „fortkommen" lassen, d. h. die Abnährung reichen; B habe nun in neuerer Zeit auf Bezahlung jener Capitalien mit Erfolg gerichtlich geklagt; sie seien daher berechtigt, Ersatzansprüche gegen ihn geltend zu machen, welche sie für die Verköstigung mit 12 kr. pr. Tag und für die Wohnung mit 10 fl. pr. Jahr, also im Ganzen auf 512 fl. $15^3/_4$ kr. berechnen. Ueber diese factischen Umstände tragen sie dem B den negativen Haupteid auf, und erbieten sich in Ansehung des Quantums ihrer Ansprüche zum Schätzungseide. B gesteht zu, daß er die Capitalien eingeklagt, und daß er Wohnung und Kost von den Klägern erhalten habe; er behauptet aber, daß er den Klägern als Dienstbote in dieser Zeit von $5^1/_2$ Jahren Dienste geleistet habe, und daß ihm dafür die Kläger Kost und Wohnung gegeben hätten, sowie daß er aus diesem Dienstvertrage noch 702 fl. als Dienstlohn zu fordern habe; über den Bestand des Dienstvertrages bietet er den Zeugenbeweis und den Erfüllungseid, so wie eventuell den Haupteid an. Ueberdies behauptet B, daß die Forderung der Kläger verjährt sei, da Entschädigungsklagen binnen drei Jahren verjähren. Die erste Instanz erkannte auf den von den Klägern dem Geklagten aufgetragenen Haupteid, resp. auf den von den Klägern angebotenen Schätzungseid, verurtheilte also den B in bedingter Weise. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Da die Behauptung des Geklagten die Eigenschaften einer die Aufhebung der eingeklagten Forderung begründenden Einwendung nicht hat, sondern Thatsachen umfaßt, in welchen der Titel zu eigenen Rechtsansprüchen und Forderungen gelegen ist; da die vom Geklagten aus dem angeblichen Dienstverhältniß abgeleitete Forderung bei dem Widerspruch der Kläger die Eigenschaften einer compensablen Gegenforderung nicht hat (§. 1438 a. b. G. B.); da er ferner die von ihm behauptete Verjährung der eingeklagten Forderung beim gegnerischen Widerspruch mit nichts erwiesen hat, und da durch den angenommenen Antrag, um Wohnung und Kost die in Frage stehenden Capitalien zu belassen, wenn dieser erwiesen, im Nichtzuhaltungsfalle das Recht auf Erfüllung des Versprechens und auf Ersatz begründet wird

(§§. 859, 919 a. b. G. B.); so ist der von den Klägern dem Geklagten über das Klagfactum aufgetragene negative Haupteid und ihr Schätzungseid . . . . entscheidend." Gegen dieses Urtheil appellirten blos die Kläger; die zweite Instanz sprach ihnen den eingeklagten Betrag lediglich gegen Ablegung des Schätzungseides zu. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Bei dem vorliegenden Geständniß des Geklagten, daß er vom Frühjahr 1848 bis zum Herbst 1854 die Kost und vom Frühjahr 1850 bis zum Herbst 1854 auch die Wohnung bei den Klägern entgeltlich, aber ohne Bezahlung genossen habe, und bei dem Umstand, daß der Geklagte gegen das erstrichterliche Urtheil, wornach seine Einwendung der Compensation zur Berücksichtigung nicht geeignet gefunden wurde, die Appellation nicht ergriffen hat, gebührt den Klägern ohne weiters die rückständige Bezahlung der Kost und Wohnung, und es kann diese Bezahlung um so weniger von dem in dem erstrichterlichen Urtheil sententionirten Haupteide abhängig gemacht werden, als das hiedurch zu erweisende Uebereinkommen jedenfalls nur der unwidersprochenermaßen derzeit nicht mehr vorhandene Grund war, aus welchem die Kläger die baare Zahlung früher nicht forderten, keineswegs aber der Grund, aus welchem ihnen die Zahlung überhaupt gebührt." Gegen dieses Urtheil ergriff der Geklagte die Revisionsbeschwerde. Er führte in derselben unter anderm aus, daß eigentlich auf den Beweis des von ihm behaupteten Lohnvertrages hätte eingegangen werden sollen; die Ansicht der zweiten Instanz, es könne die angebliche Compensation nicht berücksichtigt werden, weil diese im erstrichterlichen Urtheile nicht als zulässig erklärt, von ihm aber nicht appellirt worden sei, sei unhaltbar, da der höhere Rechtszug nur gegen die Entscheidung, worin von der Compensation nichts vorkomme, nicht aber gegen die Entscheidungsgründe zu richten sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Geklagter stellt in der Revisiunsbeschwerde das Verlangen, daß nach dem Einredebegehren erkannt werde. Allein der Bestand eines Dienst- oder Lohnvertrages zwischen den beiden Streittheilen kann derzeit kein Gegenstand der Erwägung mehr sein, weil das erstrichterliche Urtheil von dieser Einwendung des Geklagten und den hierüber angebotenen Beweisen ganz absah, den von den Klägern behaupteten Abnährungsvertrag zur Grundlage nahm und Geklagter gegen dieses Urtheil nicht appellirt hat. Wenn aber auch die Einwendung des Bestandes eines Dienstvertrages, aus welchem Geklagter seine Befreiung von dem ihm zugemutheten Entgelte für bei den Klägern genossene Abnährung herleiten will, entfällt; so ist doch seine Revisionsbeschwerde in sofern gegründet, als das Obergericht den Klägern den Beweis ihres Klagtitels wegen des angeblichen Geständnisses des Geklagten erließ und ihnen nur jenen über das Quantum ihrer Forderung auftrug. Die Kläger haben nämlich ihrer Klage das Factum zum Grunde gelegt, daß Geklagter ihnen das Versprechen gegeben und ihnen zugesichert habe, daß das von ihm im Februar 1848 ihnen freiwillig dargebotene Capital von 1000 fl.

und 100 fl. dafür, daß sie ihn bei sich fortkommen lassen, d. h. bei sich wohnen lassen und ihm die volle Abnährung geben, ihnen verbleibe und belassen sein solle, daß sie sich mit diesem Auftrage einverstanden erklärt, und daß sohin Geklagter bei ihnen seit 17. Februar 1848 bis 29. September 1854, an welchem Tage er sich von ihnen fortbegab, ohne Zahlung geleistet zu haben, die Wohnung und die vollste Abnährung — deren Werth sie mit dem Schätzungseide erweisen — genossen habe, über welches Factum sie den Beweis durch referiblen Hauptеid führen. Dieser Abnährungsvertrag bildet nun offenbar die Basis der klägerischen Forderung, indem diese, eben weil der Geklagte durch das Wegziehen von ihnen und die Zurückforderung der ihnen gegebenen Summe von 1100 fl. von demselben abgegangen ist, die Zahlung für dasjenige fordern, was sie in Folge dieses Abnährungsvertrages an den Geklagten schon geleistet haben. Es geht nun nicht an, aus dem Geständnisse des Geklagten, daß er in der angegebenen Zeit die Abnährung entgeltlich, aber ohne eine Zahlung geleistet zu haben, erhalten habe, ihn zu deren Ersatz deshalb einfach zu verfällen, weil die mit der Ableugnung des klägerischen Rechtstitels verbundene Einwendung eines andern zwischen den Parteien geschlossenen entgeltlichen Vertrags in erster Instanz nicht berücksichtigt und gegen dieses Erkenntniß von Seite des Geklagten nicht appellirt worden ist; denn der Geklagte hat den Rechtstitel der Forderung, einen Abnährungsvertrag und dessen eigenmächtige Aufhebung durch ihn, so wie die Abnährung selbst widersprochen, und nur im weiteren Verlaufe der Einwendungen die erhaltene Verpflegung in Folge des von ihm behaupteten Dienstvertrages gestanden; dieses Geständniß ist daher ein qualificirtes und kann nur in den Grenzen und unter den Modificationen, mit denen es abgelegt wurde, gegen den Geklagten benützt werden. Steht es nun fest, daß die Kläger in dem vorliegenden Falle die Zahlung für die dem Geklagten geleistete Abnährung nur aus dem Grunde fordern, weil dieser ein ihnen vertragsmäßig dafür gegebenes Capital der Verabredung zuwider zurückfordert, somit die Bedingung der Abnährung, ohne dafür zu zahlen, nicht eingehalten habe; so muß denn doch jedenfalls die Existenz dieses von dem Geklagten widersprochenen Vertrages erwiesen sein, ehe den Klägern irgend ein Recht hieraus zugesprochen werden kann, daher ganz recht in erster Instanz auf den von den Klägern angebotenen Beweis durch den Haupteid erkannt wurde. Mit Rücksicht auf den §. 919 a. b. B. G. stand nun den Klägern unter den von ihnen behaupteten Umständen allerdings zu, die genaue Erfüllung des oftерwähnten Abnährungsvertrages zu fordern, indem sie dessen Aufhebung zu fordern nicht berechtigt waren, wenn Geklagter auf dessen Fortsetzung bestanden hätte; allein dieser hat nicht nur die ihm aus dem mehrerwähnten Vertrage obliegenden Pflichten nicht erfüllt, sondern auch auf die ihm hieraus zustehenden Rechte durch Verlassen des Hauses der Kläger stillschweigend verzichtet; der Vertrag ist factisch erloschen und als durch Einverständniß beider Theile aufgehoben anzusehen, wornach derjenige Theil, der die

Vertragsverbindlichkeiten erfüllt hat, von dem Gegentheile den Ersatz des Geleisteten und zwar die Vergütung nach dem Schätzungswerthe zu fordern berechtigt ist (§§. 919 und 1323 a. b. G. B.). Es ergibt sich hieraus, daß in der Voraussetzung, daß den Klägern obiger Beweis durch den Haupteid gelingt, ungeachtet sie nicht auf Erfüllung des Vertrages nach §. 919 a. b. G. B. klagten, ihnen doch der Ersatz des ihrerseits zur Erfüllung des Vertrags geleisteten oder rücksichtlich dessen Werth, zu dessen Fixirung der Schätzungseid als ein ganz dem Gesetze entsprechendes Beweismittel angeboten und zugelassen wurde, gebührt. In Erwägung aller dieser Umstände muß daher der Revisionsbeschwerde stattgegeben und das erstrichterliche Urtheil bestätigt werden."

Nr. 310.

Erbeinsetzung?

Entsch. v. 4. März 1857, Nr. 11387 (Best. des das Urtheil der Prätur Treviglio vom 31. März 1856, Nr. 2812, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 29. August 1856, Nr. 8669). Gaz. d. Trib. 1858, S. 141 ff.

M hinterließ eine Urkunde, welche er im Context als Erklärung des letzten Willens bezeichnet, und worin er angibt, seiner Gattin B aus verschiedenen Titeln Geld schuldig zu sein, weshalb er anordne, „daß Alles, was nach Bezahlung seiner Hypothekarschulden übrig bleibe, seiner Gattin B übergeben werden solle, statt als Erbschaft an seine Kinder überzugehen". Dieses als Testament geltend gemachte Actenstück wird nun, als keine eigentliche Erbserklärung enthaltend, angefochten. Dem darauf beruhenden Klagebegehren wurde auch wirklich in erster Instanz stattgegeben; die beiden höheren Instanzen dagegen wiesen dasselbe zurück. Es heißt darüber in den vom obersten Gerichtshofe adoptirten Entscheidungsgründen der zweiten Instanz:

„Unser Gesetz schreibt keine bestimmte Formel für die Ernennung eines Erben oder Anordnung eines Legates vor; es genügt, daß der Wille des Testators sich auf eine keinem Zweifel Raum lassende Weise äußere, wobei eine Erbeinsetzung überall da angenommen wird, wo der Erblasser über sein ganzes Vermögen oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil desselben verfügt; sonst aber ein Vermächtniß in der Anordnung gesehen wird. Nun geht aber aus den in der fraglichen Urkunde gebrauchten Ausdrücken hervor, daß der Erblasser den bestimmten Willen hatte, daß statt seiner Kinder seine Gattin sein gesammtes Vermögen erben solle, und zwar deshalb, weil sie auf diese Weise zur Bezahlung dessen gelangen sollte, was er ihr schuldig sei."

Nr. 311.

Erbvertrag oder wechselseitiges Testament?

Entsch. vom 11. März 1857, Nr. 1899, (Best. des Urtheils des L. G. Wien vom 27. Mai 1856, Nr. 17014, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien vom 19. Nov. 1856, Nr. 11156). G. Z. 1857, Nr. 57. Haimerl's Mag. Bd. XV., S. 306 ff.

Im §. 3 der von den Gatten A und B errichteten „Ehevertrag“ überschriebenen und von drei ersuchten Zeugen mitunterfertigten Ehepacten heißt es: „Beide Theile setzen sich hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben ihres ganzen Vermögens ein.“ Nach A's Tode entstand zwischen der überlebenden Frau und den Schwestern des A als gesetzlichen Erben ein Erbrechtsstreit darüber, ob diese wechselseitige Erbeinsetzung als wechselseitiges Testament oder als Erbvertrag anzusehen sei, wobei die gesetzlichen Erben zufolge getroffenen Einverständnisses als Kläger auftraten. Der oberste Gerichtshof erkannte, daß die Erbeinsetzung als wechselseitiges Testament anzusehen sei, und zwar aus folgenden Gründen: „Den ihnen obliegenden Beweis der Richtigkeit ihrer Behauptung, daß die Gatten einen Erbvertrag geschlossen haben, glauben die Klägerinnen in dem Umstande zu finden, daß die gedachte Urkunde ein Vertrag, mithin jede darin enthaltene Bestimmung eine vertragsmäßige, daher unwiderrufliche sei, woraus gefolgert wird, daß auch die im §. 3 enthaltene letztwillige Verfügung beider Ehegatten eine vertragsmäßige, unwiderrufliche, daher ein Erbvertrag sein müsse. Allein der klägerischen Behauptung steht der Inhalt des erwähnten §. 3, die daraus klar hervorgehende Absicht beider Eheleute, der Mangel der gesetzlichen Erfordernisse eines Erbvertrages und die Irrelevanz des für ihre Behauptung beigebrachten Beweises entgegen. Der Wortlaut des §. 3 enthält eine einfache wechselseitige Erbeinsetzung, eine letztwillige Erklärung beider Ehegatten, wodurch sie sich in einem und demselben Aufsatze gegenseitig zu Erben einsetzten, mithin ein wechselseitiges Testament (§. 553, 583, 1248 a. b. G. B.). Aus diesem Wortlaute der letztwilligen Verfügung beider Ehegatten kann aber um so weniger ein Erbvertrag abgeleitet werden, weil diese gegenseitige Erbeinsetzung weder bedungen und angenommen, noch auf irgend eine andere Art für unwiderruflich erklärt wurde (§§. 1249, 1254 a. b. G. B.). Gemäß §. 1249 ebd. ist aber ein Erbvertrag zwischen Ehegatten nur dann vorhanden, wenn der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird. In der Erklärung im §. 3 ist weder von einem Versprechen, noch einer Annahme eine Spur enthalten, sondern eine einfache, wechselseitige Erbeinsetzung, ohne Versprechen, ohne Annahme, daher lediglich eine widerrufliche gegenseitige Erbeinsetzung (§. 1248 a. b. G. B.). Hätten die Ehegatten in der Erklärung des §. 3 einen Erbvertrag verstanden und beabsichtigt, so ließe sich damit die Ausdehnung ihrer letztwilligen Verfügung auf das ganze

hinterlassene Vermögen ohne Widerspruch nicht vereinigen, da ihnen nicht unbekannt sein konnte, daß der Vertragserbe gemäß §. 1253 a. b. G. B. nur auf $^{3}/_{4}$ des Nachlasses einen Anspruch hat, und das reine Viertheil in Ermanglung einer letztwilligen Verfügung den gesetzlichen Erben zufällt. Eine Auslegung, wodurch ihre letztwillige Anordnung mit sich selbst in Widerspruch geräth und zum Theile wirkungslos würde, kann gemäß §§. 6 und 655 a. b. G. B. nicht die richtige sein... Jedenfalls läge es den Klägerinnen ob, gerichtsordnungsmäßig zu erweisen, daß die Ehegatten ihre letzte Willenserkärung unwiderruflich festgesetzt und einen Erbvertrag errichtet haben, und dies um so mehr, als der Wortlaut der Erklärung im §. 3 und der Inhalt des Ehevertrages selbst und die hieraus hervorgehende Absicht der Ehegatten dieser klägerischen Behauptung geradezu entgegensteht. Diesen Beweis glauben die Klägerinnen einzig in dem Umstande zu finden, daß die Urkunde ein Vertrag, folglich auch die darin enthaltene letztwillige Verfügung im §. 3 eine vertragsmäßige, mithin ein Erbvertrag sei. Die Relevanz dieses Beweises kann jedoch nicht anerkannt werden. Wenn es auch im Allgemeinen richtig ist, daß Bestimmungen, welche in eine Vertragsurkunde in Beziehung auf den Vertragsgegenstand aufgenommen wurden, als Vertragsbestimmungen anzusehen sind, und damit den Charakter der einseitigen Unwiderruflichkeit annehmen, so kann dieses doch bezüglich der Eheverträge nicht behauptet werden, weil das Gesetz (§. 1217 a. b. G. B.) gestattet, in einen Ehevertrag auch solche Bestimmungen über das Vermögen der Ehegattin aufzunehmen, welche bloße Erklärungen enthalten, ohne ihnen eine vertragsmäßige Wirkung beizulegen, insbesondere rücksichtlich der Erbfolge, welche rein testamentarischer, aber auch vertragsmäßiger Natur sein kann. Wenn es den Ehegatten gesetzlich gestattet ist, in einem Ehevertrage sich gegenseitig zu Erben einzusetzen, sonach ein wechselseitiges Testament in denselben einzuschalten, so ist es zweifellos, daß ein wechselseitiges Testament durch die Aufnahme in den Heirathsvertrag in seiner rechtlichen Natur nicht geändert wird, daß somit aus der Aufnahme des §. 3 in den Ehevertrag, welcher nach seinem Wortlaute blos ein wechselseitiges Testament erkennen läßt, keineswegs der Beweis abgeleitet werden kann, daß die Ehegatten in dem §. 3 einen Erbvertrag geschlossen haben wollten, was wohl auch aus dem Eingange der Urkunde nicht gefolgert werden kann, weil auch ein wechselseitiges Testament eine wenn auch nicht bindende Verabredung der Ehegatten voraussetzt."

Nr. 312.

Klage auf das doppelte Angeld beim Mangel einer bedungenen Eigenschaft der Waare.

Entsch. v. 11. März 1857, Nr. 1966 (Best. des das Urtheil des L. G. Venedig vom 5. Juni 1856, Nr. 8359, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig vom 30. Sept. 1856, Nr. 16002). Giorn. d. Giurispr. pr. 1858, S. 302 ff.

A stand mit B, welcher ihm Wein unter Vorzeigung der Muster zum Kaufe anbot, in Unterhandlung, und bemerkte dabei, der Wein scheine ihm trübe. Es kam sodann ein schriftlicher Vertrag zustande, vermöge dessen B dem A im Laufe des nächsten Monats eine gewisse Quantität „gesunden, reinen und fehlerfreien" Weines liefern sollte. A zahlte dem B als Angeld und Abschlagszahlung einen gewissen Betrag sogleich aus. — Als es dann im folgenden Monat zur Erfüllung des Vertrags kam, zeigte es sich, daß der Wein in der That trüb und ungesund sei, und A nahm ihn daher nicht an. Er klagte nun den B auf Zahlung des doppelten Angeldes. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt. „Nicht blos der klare Wortlaut des Vertrages", heißt es in den Gründen, „beweist, daß derselbe vollständig abgeschlossen und an keine Bedingung gebunden war, sondern es geht dies auch aus der Uebergabe des Angeldes hervor, welches ja eben als ein Zeichen des Abschlusses des Vertrages beweist, daß es der feste Wille der Parteien sei, denselben zu erfüllen (§. 908 a. b. G. B.)." Die beiden höheren Instanzen verurtheilten den Geklagten nur zur einfachen Zurückstellung des Angeldes. Die Gründe des obersten Gerichtshofes lauten: „Unter den vorliegenden Umständen muß angenommen werden, daß die Zusicherung der Gesundheit, Klarheit und Güte des Weines nach dem Uebereinkommen der Parteien eine Resolutivbedingung enthielt. Daß gleichzeitig ein Geldbetrag als Angeld und Abschlagszahlung gegeben wurde, kann daran nichts ändern, daß jene Verabredung dem Kläger nur das Recht gibt, den Vertrag aufzuheben und den Wein nicht zu übernehmen, wenn bei der bereits verabredeten Besichtigung sich an demselben die Fehler finden sollten, deren Nichtvorhandensein der Verkäufer versichern zu können meinte. Damit der Kläger das doppelte Angeld fordern könne, mußte bewiesen sein, daß der Vertrag nur durch die Schuld einer Partei nicht erfüllt wurde, und daß die andere Partei ganz schuldlos sei — ein Fall, der hier nicht vorliegt."

Nr. 313.

Einfluß der außerordentlichen Revisionsbeschwerde auf die Frist zur Antretung des in den gleichlautenden Urtheilen sententionirten Eides.

Entsch. v. 11. März 1857, Nr. 2247 (Best. der gleichförmigen Bescheide des Kr. G. Cilli vom 20. Jänner 1857, Nr. 374, und des O. L. G. Graz v. 3. Febr. 1857, Nr. 959). Haimerl's Mag. Bd. XV., S. 410, 411.

Durch gleichlautende untergerichtliche Urtheile war dem Kläger ein bestimmter Betrag gegen Ablegung des Schätzungseides zuerkannt worden, welcher binnen 14 Tagen nach Zustellung des obergerichtlichen Urtheils vom Kläger angetreten werden sollte. Beide Theile ergriffen die außerordentliche Revisionsbeschwerde, welche jedoch vom obersten Gerichtshof verworfen wurde. Da der Schätzungseid mittlerweile nicht abgelegt worden, und jene 14tägige Frist verstrichen war, so frug es sich, ob es dem Kläger jetzt noch freistehe, den Eid anzutreten und abzulegen. Die erste Instanz erkannte zu Gunsten des Klägers, „da gegen das Urtheil des Oberlandesgerichtes von beiden Theilen die außerordentliche Revisionsbeschwerde eingebracht, somit die Rechtskräftigkeit der gedachten Entscheidung von keinem Theile anerkannt, sondern vielmehr von beiden Theilen die oberstgerichtliche Entscheidung erbeten wurde; da also die im §. 224 a. G. O. zur Eidesablegung bestimmte Frist vom Zustellungstage der Entscheidung des obersten Gerichtshofes, als der Entscheidung letzter Instanz zu berechnen, dermalen aber noch nicht verflossen ist.“ Die zweite und dritte Instanz bestätigten diese Entscheidung, und zwar der oberste Gerichtshof „in der Erwägung, daß durch die von beiden Theilen ergriffene außerordentliche Revisionsbeschwerde, beide Theile sich gegenseitig die Anerkennung der Rechtskraft des in der Sache ergangenen obergerichtlichen Erkenntnisses versagt haben, daher die Frist zur Antretung des dem Kläger vorbehaltenen Schätzungseides als noch offen zu betrachten ist.“

Nr. 314.

Abänderung der ursprünglichen Feilbietungsbedingnisse im Fall einer Relicitation.

Entsch. v. 17. März 1857, Nr. 1149 (Best. der den Bescheid der Prätur Gavirate v. 6. Sept. 1856, Nr. 5071, abänd. Verordnung des O. L. G. Mailand v. 21. Nov. 1856, Nr. 13641). Gaz. d. Trib. 1858, S. 321.

Wider den Ersteher einer executiv feilgebotenen Realität wurde die Relicitation angesucht. Die gleichzeitig vorgelegten Feilbietungsbeding-

nisse wichen von denen, unter welchen die erste Feilbietung erfolgt war, ab, und die erste Instanz publicirte daher diese letzteren. Die beiden höheren Instanzen ließen jedoch die neuen Feilbietungsbedingnisse zu, und zwar der oberste Gerichtshof „in der Erwägung, daß aus §. 438 ital. G. O. (§. 451 westgal. G. O., vgl. §. 338 a. G. O.) keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß die Relicitation unter denselben Bedingungen erfolgen müsse, unter welchen die erste Feilbietung erfolgt ist."

Nr. 315.

Haftung des Spediteurs für das verspätete Eintreffen der Sendung. — Unzulässigkeit des Haupteides über ein Rechtsverhältniß.

Entsch. v. 17. März 1857, Nr. 2557 (Best. des Urtheils des Kr. G. Rzeszow vom 8. August 1856, Nr. 2141, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Krakau vom 31. Dec. 1856, Nr. 8741). G. Z. 1857, Nr. 81.

Nr. 316.

Mieth- oder Pachtvertrag?

Entsch. v. 18. März 1857, Nr. 1968 (Best. des das Urtheil der Prätur Treviso v. 12. Nov. 1856, Nr. 16543, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig vom 22. Dec. 1856, Nr. 22946). Eco d. Trib. 1857, S. 228 ff. Gaz. d. Trib. 1857, S. 407. G. Z. 1858, Nr. 128. Gerichtsh. 1857, S. 280.

B hatte dem A zwei Häuser vermiethet, in deren Erdgeschoß A ein Apothekergeschäft betrieb. Der Vertrag, ursprünglich auf ein Jahr geschlossen, ward stillschweigend erneuert, und als B dann dem A aufkündigte, entstand bei Beurtheilung der Frage, ob rechtzeitig aufgekündigt sei, die Vorfrage, ob der Bestandvertrag als ein Mieth- oder Pachtvertrag anzusehen sei. Die erste Instanz nahm einen Pachtvertrag an, und gab daher dem Rückerlag der Aufkündigung statt. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Es muß als erwiesen angenommen werden, daß zur Zeit des Abschlusses des Pachtvertrages ein Theil der in Bestand gegebenen Localitäten zum Betrieb einer Apotheke bestimmt war, und daß es daher nicht von der Willkür des Bestandnehmers abhing, eine solche einzuführen. Dieser Geschäftsbetrieb, zu welchem nothwendig auch ein pharmaceutisches Laboratorium gehört, kann nicht mit anderen blos auf den Verkauf von Waaren berechneten Geschäften gleichgestellt

werden, da zu demselben auch die Erzeugung und Vorbereitung der Heilmittel mit Hilfe der dazu bestimmten chemischen und anderen Apparate gehört, und es sich also um die Ausübung eines Kunst- oder Fabriksgeschäftes handelt, welches erst in Folge der Arbeit Nutzen trägt. Es muß daher der Bestandvertrag über die für die Apotheke bestimmten Localitäten als Pachtvertrag angesehen werden. Diese Localitäten bilden aber den Hauptbestandtheil, und die übrigen kleineren Localitäten folgen nach dem Gesetze dem Schicksale des Hauptbestandtheiles." Die beiden höheren Instanzen gaben dem Rückerlag der Aufkündigung nicht statt. In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Wenngleich der Hauptbestandtheil der in Bestand genommenen Localitäten zu einer Apotheke bestimmt ist, handelt es sich doch nicht um einen Pacht-, sondern um einen Miethvertrag; denn der Geklagte hat nicht eine in seinem Hause schon bestehende Apotheke derart in Bestand gegeben, daß der Kläger seine Kenntnisse und seine Mühe an der speciellen, ihm überlassenen Sache anwenden sollte, um daraus durch Umwandlung derselben unmittelbar einen Nutzen zu ziehen, wie dies §. 1091 a. b. G. B. voraussetzt, sondern er hat ihm lediglich die zum Betrieb eines Apothekergeschäftes geeigneten Localitäten eingeräumt und es ihm überlassen, dieses Geschäft daselbst zu unternehmen und zu betreiben und zu diesem Zwecke die Localitäten zu gebrauchen, welche in ihrer materiellen Lage allein und ganz unabhängig von der Benützung der in dieselben vom Kläger gebrachten Stoffe und Geräthschaften, den Gegenstand des Vertrages bildeten."

Nr. 317.

Appellation eines von mehreren in contumaciam verurtheilten Streitgenossen. Rechtskräftigwerden des Urtheils in Ansehung der andern nicht appellirenden Streitgenossen. — Nullität.

Entsch. vom 21. März 1857, Nr. 2926 (Aufhebung des das Urtheil des Bez. G. Staab vom 1. Sept. 1856, Nr. 528, aufhebenden Decrets des O. L. G. Prag v. 31. Dec. 1856, Nr. 21309). G. Z. 1857, Nr. 75.

A hatte wider B, C und D als Streitgenossen die Klage auf Zahlung von 40 fl. angebracht. Bei der darüber angeordneten Tagsatzung erschien keiner der Streitgenossen; auch hatten sie den in dem Klagbescheid enthaltenen Auftrag nicht befolgt, einen zum Schriftenempfang gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zu bestellen und dem Gericht zu benennen. A stellte das Begehren um Fällung des Contumazurtheiles, welches denn auch geschöpft und jedem der Streitgenossen zugestellt wurde. Gegen

dieses Urtheil brachte nun D die Appellation ein. Bei diesem Anlaß nahm das Oberlandesgericht wahr, daß die Zustellung des Klagbescheides und der darin enthaltenen Vorladung zur Tagsatzung an die B erst am Tagsatzungstage erfolgte, also mit Rücksicht auf Entfernung ihres Wohnortes vom Gerichtsorte zu einer Zeit, wo sie bei der Tagsatzung nicht mehr erscheinen konnte. Das Oberlandesgericht sprach daher die Nullität der vorausgegangenen Verhandlung, sowie des erstrichterlichen Urtheiles aus.

Der oberste Gerichthof jedoch wies das Obergericht an, in merito zu entscheiden aus folgenden Gründen: „Nach dem zweiten Absatze des Justizhfd. vom 5. März 1847, Nr. 1042 J. G. S. (Frühwald Nr. 274) sind wohl auch jene Streitgenossen als Appellanten anzusehen, welche sich in erster Instanz nicht vertheidigt haben, von welchen jedoch nach den gesetzlichen Bestimmungen angenommen werden muß, daß sie demjenigen beigetreten seien, welcher Rede und Antwort gegeben hat, vorausgesetzt, daß die Appellation einen Gegenstand von gemeinschaftlichem Interesse betrifft, und nicht auf die Person des Appellanten beschränkt ist. Allein in dem vorliegenden Falle hat keiner der geklagten Streitgenossen in erster Instanz Rede und Antwort gegeben, und es sind in dem Urtheile auch die einzelnen Streitgenossen nur schuldig erkannt worden, bestimmte Theilbeträge des eingeklagten Gesammtbetrages an A zu bezahlen. Es kann also auf die einseitige Appellationsanmeldung des D das Verfahren und das Urtheil keineswegs blos deshalb als nichtig aufgehoben werden, weil der B die Klage zu spät zugestellt worden ist, indem sie selbst sich gegen diese verspätete Zustellung nicht beschwert hat, diese Verspätung aber auf die Rechte und Verbindlichkeiten des D keinen Einfluß nimmt."

Nr. 318.

Klage des Afterverpfänders gegen den Hypothekarschuldner.

Entsch. v. 24. März 1857, Nr. 1422 (Best. des das Urtheil der Prätur Mantua v. 17. Juli 1856, Nr. 11108, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 6. Dec. 1856, Nr. 12095). Gaz. d. Trib. 1857, S. 365.

A belangte den B auf Zahlung eines auf der Realität des Letzteren pfandrechtlich sichergestellten Capitals von 1600 Lire, worauf X, ein Gläubiger des A, eine Supereinverleibung erwirkt hatte. Dem Klagebegehren ward in erster Instanz deshalb nicht stattgegeben, weil der Kläger in Folge der eingetretenen Supereinverleibung nicht mehr allein über die Pfandsache zu verfügen habe, und daher auch nicht dem zahlenden Schuldner mit Erfolg die Löschung der Schuld bewilligen könnte, während nach §. 469 a. b. G. B. der Pfandgeber nur gegen dem verbunden ist, die Schuld zu tilgen, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt

werde. Das Oberlandesgericht dagegen gab dem Klagebegehren mit der Einschränkung statt, daß B nur gegen eine unter Mitwirkung des X ausgestellte Löschungserklärung zu zahlen habe, sonst aber berechtigt sei, das Geld zu Gericht zu erlegen. Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung unter Berufung auf §. 455 a. b. G. B.

Nr. 319.

Wirkung der im §. 807 a. b. G. B. den unbedingt erklärten Erben eingeräumten Rechtswohlthat.

Entsch. v. 24. März 1857, Nr. 1712 (Best. des das Urtheil des Kr. G. Fiume v. 25. Oct. 1856, Nr. 3433, aufhebenden Urtheils der Banaltafel Agram v. 29. Nov. 1856, Nr. 5654). G. Z. 1857, Nr. 65.

Nach dem Tode des M hatte sich dessen Bruder B als Intestaterbe unbedingt erbserklärt, während sich die C aus einem Testamente zu dem Nachlasse des M bedingt erbserklärt hatte. Während der Erbschaftsstreit zwischen diesen beiden geführt wurde, klagte A den B als unbedingt erklärten Erben des M auf Bezahlung eines von diesem acceptirten, mittlerweile fällig gewordenen Wechsels und legte der Klage ein Schreiben des B bei, worin dieser dem A gegenüber die Wechselschuld anerkannte. B berief sich auf den §. 807 a. b. G. B. und auf seinen mit der C im Zuge befindlichen Streit, durch dessen Austragung es sich erst herausstellen werde, ob er der wahre Erbe sei. Die erste Instanz verurtheilte den B zur sofortigeu Zahlung der Wechselschuld „in der Erwägung, daß er die Richtigkeit der eingeklagten Wechselschuld anerkannt habe, und daß er als unbedingt erklärter Erbe nach §. 807 a. b. G. B. Schulden der Verlassenschaft bis zur Erschöpfung ihres Activstandes noch vor der Einantwortung derselben zu zahlen verpflichtet sei". Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren zur Zeit ab, weil nach der unwidersprochenen Behauptung des Geklagten der Nachlaß weder inventirt, noch irgend Jemanden eingeantwortet sei, und nach §. 807 a. b. G. B. der Geklagte so lange nicht zur Zahlung verhalten werden könne, bis das Inventar über den Nachlaß aufgenommen und solcher dem Geklagten eingeantwortet sein wird. Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen: „Der Geklagte hat in dem Schreiben vom 3. August 1856 den Bestand der klägerischen Forderung wohl anerkannt, er hat sich aber nicht verpflichtet, diese Forderung aus seinem eigenen Vermögen zu bezahlen, sondern nur eingewilligt, daß dieselbe aus der Masse seines verstorbenen Bruders M befriedigt werde. Er hat sich zwar unbedingt als Erbe des M erklärt; nachdem sich jedoch auch C als bedingte Erbin dieses Vermögens erklärte, gebührt auch dem Geklagten die Wohlthat des Inventariums (§. 807 a. b. G. B.). Da indessen weder dieses

Inventar aufgenommen, noch die fragliche Masse dem Geklagten ausgefolgt wurde, konnte er nicht verhalten werden, die eingeklagte Schuld seines Bruders, dessen Verlassenschaft noch gegenwärtig streitig ist, zu bezahlen. Es hat zwar seine Richtigkeit, daß nach §. 811 a. b. G. B. der Gläubiger nicht schuldig ist, das Ende der Verlassenschaftsabhandlung abzuwarten; da jedoch der Gläubiger nach eben diesem Paragraph seinen Anspruch wider die Masse anbringen und begehren kann, daß zur Vertretung derselben ein Curator aufgestellt werde, gegen welchen er seine Forderung anbringen kann, und Kläger dies bis jetzt nicht gethan hat, mußte das Urtheil der Banaltafel bestätigt werden."

Nr. 320.

Haftung des Cedenten für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung. — Cession des Regreßanspruchs des Cessionars an einen späteren Cessionar.

Entsch. v. 24. März 1857, Nr. 2160 (Best. des Urtheils des B. G. Radkersburg v. 31. Dec. 1855, Nr. 2014, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Graz v. 28. Oct. 1856, Nr. 7275). G. Z. 1857, Nr. 73.

B cedirte am 11. Nov. 1843 seine hypothecirte, verzinsliche Darlehensforderung von 200 fl. wider N dem C und verpflichtete sich ausdrücklich zur Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung. Am 23. April 1846 cedirte C diese Forderung dem A mit allen bezüglich derselben überhaupt erworbenen Rechten und mit dem Versprechen der Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung. A konnte jedoch im Proceß-, resp. Executionswege zur Bezahlung der cedirten Forderung nicht gelangen. Er trat daher wider B und C klagend auf und bat um solidarische Verurtheilung derselben zur Zahlung der cedirten Forderung und der rückständigen 5% Interessen, sowie der gesammten Proceß- und Executionskosten, die ihm wider N erwachsen waren. Gegen diese Klage erhob der Geklagte B zuvörderst die Einwendung, daß er der Cession von Seite des C an den Kläger nicht beigezogen worden sei und daß deshalb auch die dem C wider ihn zustehenden Regreßansprüche, als auf einem persönlichen Verhältnisse zwischen ihnen beiden beruhend, auf den Kläger nicht hätten übergehen können (§§. 1395 und 1397 a. b. G. B.). Beide Geklagte schützten überdies vor, daß der Kläger bei Uebernahme der fraglichen Forderung solche Versehen sich habe zu Schulden kommen lassen, welche ihn nach Vorschrift der §§. 1397 und 1398 a. b. G. B. seines Regreßrechtes an die Geklagten als Cedenten verlustig machen müßten. Der Kläger hätte sich nämlich schon zu der Zeit, als C die besagte Forderung ihm cedirte, durch die Einsicht in das Grundbuch überzeugen können, daß ihm

die hypothecirte Realität für die cedirte Post keine Bedeckung mehr zu gewähren vermöge. Die erste Instanz entschied dem Klagebegehren gemäß. Die zweite Instanz wies den Kläger ab, die dritte bestätigte das erstrichterliche Urtheil. Der oberste Gerichtshof verwarf nämlich die Einwendung des B, daß C seine Regreßansprüche bezüglich der cedirten Forderung nicht auf den Kläger habe übertragen können, aus dem Grunde, weil C alle hinsichtlich dieser Forderung erworbenen Rechte dem Kläger cedirt habe. C habe von dieser Uebertragung keinerlei Rechte, die ihm bezüglich dieser Forderung zustanden, ausdrücklich ausgenommen; es könnten daher nur unveräußerliche und darum nicht cedirbare Rechte stillschweigend von dem fraglichen Cessionsacte ausgeschlossen sein, und es müsse sohin allerdings angenommen werden, daß der Kläger durch die Cession auch in das Regreßrecht des C wider B eingetreten sei, weil dieses Recht durchaus nicht als unveräußerlicher, der Person des C anklebender Anspruch erscheine (§§. 1393 und 1394 a. b. G. B.). — Die Einwendung, daß die Geklagten nicht zur solidarischen Haftung verpflichtet seien, wurde gleichfalls unbegründet befunden, weil die gleichmäßige, auf die ganze Forderung sich beziehende Haftungspflicht des Einen und des Andern eine „untheilbare Sache" sei (§. 890 a. b. G. B.). — Nicht minder verwerflich erscheinen die Einwendungen, welche die Geklagten von den angeblichen Versehen des Klägers hernehmen zu können glaubten. Die Geklagten hätten den Widerspruch des Klägers, daß ihm die Einsicht in das Grundbuch keinen Aufschluß über die Einbringlichkeit der cedirten Forderung zu gewähren vermocht hätte, durch keinen Beweis entkräftet. Ein Beweis darüber wäre übrigens auch nicht entscheidend, weil der Geklagte C in dem bezüglichen Cessionsacte die Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung ausdrücklich und unbedingt übernommen habe, welcher Haftungserklärung offenbar kein anderer Zweck zu Grunde liegen konnte, als der, den Kläger, welcher bei seinem vorgerückten Alter nicht in der Lage war, das von Graz entlegene Grundbuch von Radkersburg persönlich einzusehen, über die Einbringlichkeit der Forderung zu beruhigen und vor der Gefahr eines etwaigen Schadens zu sichern.

Nr. 321.

Pränotation der vertragsmäßigen Beschränkung eines Servitutsrechts auf dem herrschenden Grund.

Entsch. vom 24. März 1857, Nr. 2449 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Graz v. 4. Nov. 1856, Nr. 15291 und des O. L. G. Graz vom 31. Dec. 1856, Nr. 8958). G. Z. 1857, Nr. 62.

A schritt bei dem Grazer Magistrate um die Erlaubniß ein, in der Giebelmauer seines Hauses gegen die Wohnung der Nachbarin

B ein Fenster auszubrechen. In Folge der auf dieses Einschreiten unter Zuziehung des Gesuchstellers und der Nachbarin B gepflogenen commissionellen Verhandlung ward die Ausbrechung des gedachten Fensters unter der mit der Nachbarin vereinbarten Bedingung gestattet, daß A jenes Fenster gehörig vergittere, und die B nicht gehindert sei, dasselbe zu verbauen. A suchte nun um Pränotation dieses Bescheides auf die Realität der B an, wurde jedoch von den beiden unteren Instanzen abgewiesen, „da das Recht, welches A zur Pränotation bringen wolle, als ein Ausfluß des freien Verfügungsrechtes des Eigenthümers anzusehen sei, und deshalb kein Gegenstand einer Pränotation auf die Nachbarbesitzungen sein könne". Der oberste Gerichtshof dagegen entschied, daß dem A die Pränotation des Rechts, in seinem Hause ein vergittertes Fenster gegen den nachbarlichen Grund der B bis zu einer allfälligen Bauführung auf letzterem Grunde offen zu erhalten, auf die Realität der B mittelst Eintragung des von dieser eigenhändig unterfertigten Protokolls vom 20. September 1853 gegen Rechtfertigung dieser Pränotation in der gehörigen Frist bewilligt werde, „in der Erwägung, daß es sich in dem Pränotationsgesuche des A nicht um die Sicherstellung der ihm in Bezug auf sein Haus zustehenden Eigenthumsrechte, sondern um Sicherstellung der von Seite der B zugestandenen Beschränkung ihres indirecte angesprochenen Rechtes, dem A die Offenhaltung eines Fensters in seinem Hause gegen ihren Grund zu untersagen (§. 313 a. b. G. B.), also um die von ihr zugestandene Beschränkung oder Verzichtleistung auf ihr angebliches Untersagungs- oder Hinderungsrecht außer dem Falle der Bauführung auf ihrem Grunde handle".

Nr. 322.

Bestimmung der Priorität im Urtheil zugesprochener Zinsen eines pränotirten Capitals.

Entsch. v. 24. März 1857, Nr. 2754 (Abänderung des den Bescheid des L. G. Czernowitz v. 26. April 1856, Nr. 2902, abändernden Decretes des O. L. G. Lemberg v. 11. Sept. 1856, Nr. 13892). G. Z. 1857, Nr. 92.

A hatte wider B die Pränotation einer Wechselforderung von 1075 fl., und sodann gegen dessen Concursmasse das Liquidirungsurtheil für 1075 fl. sammt 6% Interessen vom 16. August 1848 erwirkt. Er begehrte sohin im Executionswege die Intabulation des Pfandrechts für Capital und Interessen zur Rechtfertigung der erwirkten Pränotation. Aus nicht hierher gehörigen Gründen ward dieses Ansuchen in erster Instanz abgewiesen, während die zweite Instanz ihm seinem ganzen Umfange nach stattgab. Der oberste Gerichtshof änderte den Bescheid

dahin ab: es werde zwar die von A angesuchte Intabulation des gegen die B'sche Concursmasse erwirkten Liquidationsurtheiles auch hinsichtlich der von dem Wechselbetrage von 1075 fl. seit 16. August 1848 laufenden 6% Zinsen bewilliget, jedoch A mit seinem weiteren Begehren, daß diese 6% Zinsen eodem loco zu intabuliren seien, wo die Wechselforderung selbst pränotirt erscheint, abgewiesen, „weil dem B die Pränotation nur für die Wechselsumme von 1075 fl. bewilligt worden ist, über die Frage daher, welche bücherliche Rangordnung den von diesem pränotirten Wechselcapitale erwachsenen Zinsen zustehe, nicht in Folge eines bloßen Gesuches, sondern nur über eine gegen die Tabularinteressenten auszutragende Klage entschieden werden kann".

Nr. 323.

Eintritt des neuen Eigenthümers der Bestandsache in das frühere Bestandverhältniß.

Entsch. vom 24. März 1857, Nr. 2803 (Best. des das Urtheil des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 25. Febr. 1857, Nr. 2325, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 11. März 1857, Nr. 3243). Haimerl's Magazin Bd. XV., Nr. 408 ff.

Der Bestandnehmer A hat durch Unterfertigung eines Zettels dem Bestandgeber C gegenüber erklärt, sich die vierteljährige Aufkündigung gefallen zu lassen und den Zins vierteljährlich zu bezahlen, obgleich in dem betreffenden Stadttheil halbjährige Kündigung und Zinsbezahlung stattfindet. C verkaufte während der Dauer des Bestandvertrags das Haus dem B; dieser stellte dem A die vierteljährige Kündigung zu. A legte dieselbe zurück, und klagte auf Erkenntniß: der Rückerlag der vierteljährigen Wohnungsaufkündigung finde statt. Die erste Instanz erkannte zu Gunsten des A aus folgenden Gründen: „Das Rechtsverhältniß zwischen Miether und Vermiether ist ein persönliches (§§. 307 und 1120 a. b. G. B.); es werden daher, falls der Bestandvertrag, was im vorliegenden Falle nicht behauptet wird, nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, nur Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den vertragschließenden Theilen begründet und eine einseitige Uebertragung vom früheren Vermiether auf den neuen Hauseigenthümer findet ohne Zustimmung des Miethers nicht statt, denn der erwähnte Zettel ist nur an den damaligen Hauseigenthümer gerichtet; er enthält in dem Zugeständnisse der vierteljährigen Aufkündigung eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, und zwar eine dem Miether lästige Ausnahme; es ist daher diese Erklärung strenge auszulegen und beschränkt sich somit auf den damaligen Eigenthümer allein. Eben dies gilt von der stillschweigenden Vertragserneuerung, und der Geklagte kann sich um so weniger auf dieselbe berufen, als

er den ersten Kündigungstermin nach seinem Eigenthumsantritte benützt. Auf Vermuthungen darf man sich aber nur dann berufen, wenn ihnen insbesondere durch das Gesetz eine Kraft beigelegt wird (§. 105 a. G. O.), was in der Ausziehordnung in dem vom Geklagten behaupteten Sinne nicht der Fall ist. Da in dem betreffenden Theile der Stadt Wien nach dem Patente vom 18. October 1782, Nr. 93, und dem Hofdecrete vom 28. April 1811, Nr. 944 J. G. S., die gesetzliche Aufkündigungszeit die halbjährige, und nur zu Georgi und Michaeli statthaft ist, ein besonderes Uebereinkommen zwischen dem Miether und dermaligen Eigenthümer nicht besteht, so mußte dem Rückerlage ohne weiteres stattgegeben werden." Die zweite Instanz erkannte, daß der Rückerlag nicht stattfinde. Die Entscheidungsgründe lauten: „Der Kläger gesteht, daß er dem früheren Hauseigenthümer den Zettel unterfertigt habe, nach welchem er sich eine vierteljährige Wohnungsaufkündigung gefallen lassen muß. Diese gegen den früheren Hauseigenthümer eingegangene Verpflichtung ist durch den Verkauf des Hauses nicht aufgehoben worden, da durch diesen nach §. 1120 a. b. G. B. die Verbindlichkeiten des Miethers gegen den Vermiether keine Aenderung erleiden, sondern nur Letzterer das Recht erlangt, den Miethvertrag aufzulösen. Bleibt aber dem Bestandnehmer gegenüber der bisherige Vertrag ungeachtet des Verkaufes aufrecht, so muß dies auch bezüglich der einzelnen Bestimmungen desselben der Fall sein. Zudem ist der ursprüngliche Vertrag nach §§. 1114 und 1115 a. b. G. B. dadurch, daß er nicht aufgekündigt wurde, stillschweigend und unter den früheren Bedingungen erneuert, also auch mit vierteljähriger Aufkündigung." Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, und zwar aus den bereits vom Obergerichte angeführten Gründen, „insbesondere, weil das in Frage stehende Miethverhältniß des Rückerlagklägers im Hause Nr. ** nur als auf der stillschweigenden Fortsetzung des mit dem früheren Hauseigenthümer eingegangenen, und mit vierteljähriger Kündigung und vierteljähriger Zinszahlung bestandenen Vertrages beruhend, angesehen werden kann (§§. 1114 und 1115 a. b. G. B.)".

Nr. 324.

Perfection einer Schenkung durch bloßen Ankauf eines Rentenscheines auf den Namen des Beschenkten.

Entsch. v. 26. März 1857, Nr. 2691 (Best. des das Urtheil des B. G. Landstraße in Wien v. 2. August 1856, Nr. 9747, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 3. Dec. 1856, Nr. 12476). Gerichtsh. 1857, S. 224 ff. Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 424 ff.

A befindet sich im Besitz zweier auf den Namen seines Sohnes lautender Rentenscheine [der österreichischen allgemeinen Versorgungs-

anstalt. Die Universalerbin des Sohnes, B, besteht jedoch darauf, daß dieselben in die Verlassenschaftsinventur einbezogen werden, was A bestimmt, gegen die B auf Anerkennung seines Eigenthums zu klagen, wobei er angibt, er habe die Rentenscheine erhoben, um dereinst seinem Sohne ein Andenken zu hinterlassen; dieser sei jedoch früher gestorben, und es seien daher die Rentenscheine ihm nicht übergeben worden. Die B beruft sich auf die Statuten der Gesellschaft, nach welchen derjenige, auf dessen Namen eine Einlage gemacht wird, als der Einleger angesehen werden soll. Die erste Instanz gab der Klage statt, indem sie auf den Umstand Gewicht legte, daß A im Besitze sei und die B keinen stärkeren Rechtstitel anzugeben vermöge. Die beiden höheren Instanzen wiesen das Klagebegehren ab.

Gründe der dritten Instanz: „In der Erwägung, daß nach §. 22 der Statuten der mit der ersten österreichischen Sparcasse vereinigten Versorgungsanstalt, wenn eine Einlage für eine andere Person gemacht wird, diese letztere so betrachtet wird, als ob sie selbst eingelegt hätte, daher auch nur ihr das Recht zum Bezuge der Dividende, und im Falle ihres Todes nach §. 27 der Statuten nur ihren Erben die in diesem Paragraph bezeichneten Ansprüche zustehen; in der Erwägung, daß der Umstand, daß der Kläger die fraglichen Rentenscheine seinem Sohne nicht übergeben, sondern selbst verwahrt hat, als ganz gleichgiltig erscheint, weil, wie schon das Oberlandesgericht in seinen Motiven bemerkt hat, bei Privaturkunden, die auf einen bestimmten Namen lauten, dadurch allein, daß sie ein Dritter verwahrt, für diesen weder Besitz-, und noch weniger Eigenthumsrechte gesetzlich begründet werden; in der Erwägung endlich, daß Kläger für den Umstand, daß er, ungeachtet nach seinem Willen die zwei Rentenscheine auf den Namen seines Sohnes ausgefertigt worden sind, dennoch das Eigenthumsrecht auf die für seinen Sohn erlegten Beträge sich vorbehalten habe, einen Beweis weder angeboten noch geliefert hat, hat der oberste Gerichtshof das Urtheil des Oberlandesgerichtes zu bestätigen befunden."

Nr. 325.

Geldempfangsbestätigung unter Handelsleuten. Herstellung der ersten halben Probe durch Indicien.

Entsch. vom 31. März 1857, Nr. 1973 (Bestätigung des Urtheils der Prätur Legnago vom 10. Sept. 1856, Nr. 15693, Aufhebung des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 27. Nov. 1856, Nr. 20364). G. Z. 1857, Nr. 74.

In dem Nachlasse des im August 1850 verstorbenen M fand sich ein Zettel, in welchem B bestätigt, am 21. Juli 1849 100 Silberstücke

à 5 Frcs. von M erhalten zu haben. Auf Grundlage dieses Documents klagten die Erben auf Zahlung dieser Summe, und gaben in der Klage ein Darlehen als Rechtstitel der Forderung an. Der Geklagte behauptete, daß er sich mit Geldumwechslung beschäftige, und daß er zwar von M die 100 Silberstücke erhalten, und dafür jenen Zettel als Promemoria ausgestellt habe, daß er aber schon am 26. Juli 1849 dem M, der damals Steuern zu zahlen hatte, Schatzscheine und Zwanziger dafür gegeben, und ihn ersucht habe, den ausgestellten Schein, welchen M mitzubringen vergessen hatte, zu zerreißen. Der Geklagte erbot sich, seine Behauptungen durch den Inhalt seines Notizenbuches zu beweisen, und durch Zeugen darzuthun, daß er sich mit Geldumwechslung beschäftige, und daß die Handschriften im Notizenbuche echt seien. Ueber die Richtigkeit des Inhaltes seiner Aufschreibungen im Notizenbuche führte der Geklagte seinen Sohn als Zeugen, und beider Erfüllungseid an. Das die Zulässigkeit des Zeugenbeweises aussprechende Beiurtheil wurde vom obersten Gerichtshofe bestätigt. Der Zeugenbeweis fiel für den Geklagten günstig aus und die erste Instanz erkannte nunmehr, da sie die halbe Probe über die Behauptung der Tilgung der Schuld hergestellt fand, auf den Erfüllungseid; „es sei wahr, daß die im Billet vom 21. Juli 1849 bezeichneten 100 Silberstücke durch effectuirte Umwechslung zu Handen des M am 26. Juli 1849 berichtigt worden sind." Die zweite Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß aus folgenden Gründen: „Das vom Kläger producirte Billet sei wohl kein Schuldschein im Sinne des §. 1001 a. b. G. B., aber doch ein Schuldbekenntniß im Sinne der G. O., gegen den Aussteller beweisend und denselben verpflichtend; der Titel der Schuld sei gleichgiltig, dagegen die Pflicht der Rückstellung gewiß. Der Beweis der Tilgung der Schuld sei nicht geliefert, denn das Notizenbuch des Geklagten mache keinen Beweis, das Zeugniß des Sohnes Carl sei verwerflich; auch sei nicht bestätigt, daß das im Billet erwähnte Geld zum Behufe der Umwechslung empfangen worden sei; der Erfüllungseid könne daher Mangels der halben Probe nicht zugelassen werden." Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil in der nachstehenden Erwägung: „Das vom Kläger producirte Billet enthält kein bestimmtes Schuldbekenntniß, sondern ist nur eine einfache, bei Handelsleuten und Geldwechslern geläufige Art, die Empfangnahme von Geld provisorisch bis zur definitiven Begleichung nach kurzem Termin zu bestätigen. Der Geklagte behauptet, die Umwechslung habe am 26. Juli 1849 stattgefunden. Die Kläger stellen die Umwechslung nicht in Abrede, und führen auch nicht irgend ein anderes, darauf Bezug nehmendes Geschäft an, das zwischen M und dem Geklagten vorgefallen wäre, da doch auffallen muß, daß das Billet länger als ein Jahr im Besitze des M blieb, ohne daß er davon Gebrauch gemacht hätte. Die Anführungen der Parteien, der Inhalt des Notizenbuchs und des Billets, die Erhebungen und Ergebnisse der Zeugenaussagen zusammengenommen, liefern

eine halbe Probe dafür, daß das Billet bereits seine Erfüllung gefunden habe; der Erfüllungseid erscheint daher als entscheidend und zulässig."

Nr. 326.

Paternitäts- und Alimentationsklage. Beweis der Identität eines unehelichen Kindes. Verpflegung eines unehelichen Kindes in einer Findelanstalt. Legitimation des für ein solches Kind bestellten Vormunds zu jener Klage.

Entsch. v. 31. März 1857, Nr. 3041 (theilweise Abänderung der Urtheile des L. G Wien vom 22. August 1856, Nr. 20476, und des O. L. G. Wien vom 21. Jänner 1857, Nr. 1563[1]). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 497 ff.

A als Vormund des minderjährigen C klagte wider B auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft und Bezahlung eines Alimentationsbetrages von 10 fl. monatlich vom Tage der Geburt des C bis zu der Zeit, wo dieser sich selbst zu ernähren vermöge. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß, setzte jedoch den Alimentationsbetrag auf 4 fl. monatlich, so lange das Kind sich in der Verpflegung der k. k. Findelanstalt befinde, für die Folgezeit auf 7 fl. pr. Monat fest. Die zweite Instanz änderte dieses Urtheil dahin ab, daß die Alimente erst vom Klagstage an zu bezahlen seien. Die dritte Instanz erkannte auf einen Alimentationsbetrag von 8 fl. monatlich, welcher aber erst von dem Tage an zu bezahlen sei, an welchem der C aus der Verpflegung der k. k. Findelanstalt entlassen werden sollte.

Die Entscheidungsgründe des obersten Gerichtshofes lauten: „Die Revisionsbeschwerde des Geklagten gegen das theils bestätigende, theils zu seinen Gunsten abändernde obergerichtliche Erkenntniß ist eine außerordentliche, somit gemäß Hofd. v. 15. Febr. 1833, J. G. S. Nr. 2593, nur im Falle der offenbaren Gesetzwidrigkeit der untergerichtlichen Entscheidungen zulässig. Werden nun von diesem Standpunkte aus die Einwendungen und die in den Appellationsbeschwerden speciell aufgeführten, in der Revisionsschrift bezogenen Beschwerdepunkte der oberstrichterlichen Prüfung unterzogen, so stellt sich

1. die Einwendung der dem klagenden Vormunde mangelnden Legitimation zur Klage als unbegründet dar; denn wenn auch das Hofdecret vom 17. August 1822, Nr. 1888 J. G. S., und in wesentlicher Uebereinstimmung damit das Hofkanzleidecret vom 17. Juni 1823, Nr. 1948 J. G. S., den Grundsatz aufstellt, daß die Waisen- nnd Findelhausdirection bei allen unter ihrer Obsorge stehenden Kindern die Stelle des Vormundes vertrete, daher das obervormundschaftliche Gericht diesen

Kindern, so lange sie unter der Aufsicht der Direction verpflegt und erzogen werden, der Regel nach keinen anderen Vormund zu bestellen hat, so deuten doch die Worte: „„der Regel nach““ — an, daß Ausnahmsfälle zulässig sind. Der Wortlaut des zweiten Absatzes des Hofdecretes vom 17. August 1822 berechtigt keinesfalls zu dem Schlusse, daß diese Ausnahme nur im Falle, als dem Waisen- oder Findelkinde unbewegliches oder bedeutendes bewegliches Vermögen zufällt, einzutreten habe, und selbst wenn die durch das Bezirksgericht erfolgte Bestellung des Klägers A zum Vormunde des C mit den obenerwähnten Gesetzen nicht vereinbar wäre, mangelt wenigstens dem Geklagten die Competenz, diese obervormundschaftliche Verfügung anzufechten, viel weniger, daß er hieraus einen Anlaß zur Bestreitung der Legitimation des Vormundes zur Klageführung zu entnehmen vermöchte. Denn so lange obige vormundschaftliche Verfügung von dem Bezirksgerichte selbst nicht zurückgenommen oder von der höheren Pupillarinstanz behoben wird, bleibt A Vormund dieses Kindes und als solcher berechtigt und verpflichtet, alle zu dessen Vortheil gereichenden Schritte nach Maß des vierten Hauptstückes I. Theiles a. b. G. B. zu unternehmen, und ist lediglich bezüglich des Einflusses auf die Erziehung des Mündels durch den Absatz 3 des Hofdecretes vom 17. August 1822 beschränkt.

Der Beschwerdepunkt 2 gegen jenen Absatz der gleichförmigen Urtheile, wornach Geklagter für den Vater des von der X am — gebornen und Tags darauf in der Pfarre — getauften unehelichen Kindes C zu halten sei, kann ebensowenig als begründet anerkannt werden. Wie schon der erste Richter hervorgehoben hat, ist dieses Erkenntniß das Ergebniß der Zugeständnisse des Geklagten. Da er die Beiwohnung innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes (§. 163 a. b. G. B.), welche ohne weiteres die Vermuthung der Vaterschaft begründet, die Schwängerung und Entbindung der X, die Bestreitung der Entbindungs- und Wochenbettskosten für den am — von ihr geborenen Knaben und die Zahlung der Findelhaustaxe für dieses in das Findelhaus gegebene Kind eingestanden hat; so kann unmöglich der Mutter ein zweiter Beweis über die Identität des Kindes noch aufgebürdet werden, zumal selbst der Wortlaut des Taufscheines nie in Zweifel stellen kann, daß X ein vom Geklagten erzeugtes Kind am — wirklich geboren habe, da aus dem in dem Taufscheine beigesetzten Worte: „„angeblich““ nur folgt, daß X als die Mutter des Täuflings angegeben ward, keineswegs aber hieraus geschlossen werden könne, daß diese Angabe falsch gewesen sei. Der Geklagte hätte daher die Verschiedenheit der Person des Kindes oder dessen Tod zu erweisen gehabt.

Was nun die Erfüllung der Vaterpflicht anbelangt, so befindet sich, wie Kläger selbst anführt, sein Mündel seit dem fünften Tage nach seiner Geburt in der Verpflegung der k. k. Findelanstalt und wurde von dem Geklagten die diesfällige Aufnahmstaxe mit 50 fl. C. M. geleistet; er behauptet hierdurch seiner Verpflichtung nachgekommen zu sein und in der

nicht entsprechenden Beachtung dieses Einwandes beruht sein dritter Beschwerdepunkt. Wird nun erwogen, daß dieses Kind mit Rücksicht auf §. 168 a. b. G. B. nur mit Zustimmung seiner Mutter in die k. k. Findelanstalt kommen konnte (und das Gegentheil dessen wird auf klägerischer Seite auch nicht behauptet), daß es auf Kosten des Geklagten dahin kam, daß es von der k. k. Findelanstalt noch gegenwärtig verpflegt wird, daß endlich die Mutter von dem ihr nach §. 168 des a. b. G. B. zustehenden Rechte jeden Augenblick Gebrauch machen, und das Kind aus der k. k. Findelanstalt abholen lassen kann, und daß auch dem Vormunde das gleiche Befugniß zusteht, sobald er die Verpflegung des Kindes in der k. k. Findelanstalt dem Vermögen der Eltern nicht angemessen erachtet, und dem Kinde eine diesem entsprechende bessere Verpflegung und seiner Zeit Erziehung zu verschaffen die Aussicht hat; so folgt hieraus, selbst angenommen, daß diese Art der Verpflegung den Vermögensverhältnissen des Geklagten nicht angemessen ist, doch nur das Recht dieses Kindes (rücksichtlich seines gesetzlichen Vertreters), zu fordern, daß ihm eine angemessene Verpflegung und Erziehung unter Herausnahme aus der k. k. Findelanstalt zu Theil werde; die Forderung jedoch, daß der Geklagte nebst den Kosten der Verpflegung des Kindes in der k. k. Findelanstalt auch noch ein monatliches Aequivalent dessen, um was die Verpflegung, wäre sie dem Vermögen des Vaters angemessen, mehr gekostet haben würde, leisten soll, entbehrt jedes gesetzlichen Grundes. Ist daher dieser Beschwerdepunkt des Geklagten in soferne unhaltbar, als er sich durch die Unterbringung des Kindes keineswegs der ihm nach §§. 166 u. 167 a. b. G. B. obliegenden Verpflichtung gänzlich entledigt hat, zumal der Mutter nach §. 168 a. b. G. B. das Recht zusteht, ihr Kind selbst zu erziehen, und selbst die einverständliche Unterbringung des Kindes in der Findelanstalt keine förmliche Verzichtleistung auf dieses Recht in sich begreifen würde, und auch dem Vormunde eine solche Aenderung in der Verpflegungsweise unter obigen Modalitäten zustünde; so ergibt sich doch aus dieser Erörterung, daß die Verpflichtung des Geklagten, als Vater des C, für dessen Verpflegung zu sorgen, erst bei dessen Herausnahme aus der k. k. Findelanstalt in Wirksamkeit treten kann, und daß daher das Urtheil des Gerichtes erster Instanz, welches dem Geklagten diese Leistung vom Tage der Geburt des Kindes, und das Erkenntniß der zweiten Instanz, welches ihm solche vom Tage der Klage auferlegte, eines gesetzlichen Haltes entbehren. — Indem nun in dieser Beziehung rücksichtlich der Zeit, von welcher an die Verpflegung zu leisten ist, die unterrichterlichen Urtheile abgeändert werden, kann selbst auf das in den erstrichterlichen Entscheidungsgründen angedeutete Anerbieten des Geklagten, eine Alimentation von monatlich 4 fl. C. M. zu zahlen, keine Rücksicht genommen werden, weil dieses Anerbieten, wie dies aus den betreffenden Stellen der Einrede deutlich zu entnehmen, ein vorsichtsweises ist, falls er überhaupt zu einer Alimentationsleistung verurtheilt würde. Der Geklagte hat endlich

4. auch darüber Beschwerde geführt, daß er ohne eine Beweisführung gegnerischer Seits über seine Leistungsfähigkeit, wornach auch die Unterbringung des Kindes in der k. k. Findelanstalt zu beurtheilen gewesen wäre, zu einer so bedeutenden Alimentationsleistung verurtheilt worden sei, und rügt die Annahme, als ob er ein Einkommen von jährlichen 600 fl. C. M. eingestanden hätte. Doch konnte dieser Beschwerde da sie gegen gleichförmige Entscheidungen gerichtet ist, keine Folge gegeben werden, weil in der Bemessung der Unterhaltskosten mit monatlich 8 Gulden von dem Zeitpunkte des Austrittes des Kindes aus dem k. k. Findelhause eine offenbare Gesetzwidrigkeit nicht gefunden werden kann, indem ein strenger Beweis über die diesfällige Leistungsfähigkeit des unehelichen Vaters einestheils nicht nöthig, anderntheils die bürgerliche Stellung desselben als Kammerdiener im Dienste einer hochgestellten adeligen Familie zugestanden ist."

Nr. 327.

Erbserklärung auf Grundlage der Erbeinsetzung unter der Bedingung des Witwerstandes.

Entsch. vom 1. April 1857, Nr. 1978 (Best. des das Urtheil des L. G. Pavia v. 2. Sept. 1856, Nr. 2127, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 21. Nov. 1856, Nr. 13012). G. Z. 1857, Nr. 109.

Die M setzte in ihrem schriftlichen Testamente ihren Gatten A mit folgenden Worten zum Erben ein: „Mein Hab und Gut gehört meinem Manne als Erben, so lange er Witwer bleibt; außerdem soll er die Hälfte haben, die andere Hälfte ist dem Notar B zu überantworten, welcher meine bezügliche Verfügung kennt." Notherben waren keine da, der Ehegatte A begehrte eine Frist zur Erbserklärung, innerhalb deren er auf Grundlage des Testamentes, dessen Inhalt er sich unterwarf, den Nachlaß unbedingt annahm. Der Notar B erklärte sich als substituirten Erben zur Hälfte des Nachlasses, welcher auf Grundlage und mit der Beschränkung des Testamentes, dem A eingeantwortet wurde. Späterhin trat A gegen den Notar B als Kläger auf, und bat unter Berufung auf den §. 700 a. b. G. B., wornach die Bedingung des Witwerstandes als nicht beigefügt zu betrachten sei, um Anerkennung seines unbeschränkten Alleinerbrechtes. Die erste Instanz gab diesem Begehren Folge. Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren aus folgenden Gründen ab: „Der Erbe hat bei der Publication des vom Notar B bei Gericht präsentirten Testamentes in dessen Gegenwart erklärt, daß er den Sinn der Anordnung erfaßt habe; es ist von ihm eine Frist zur Abgabe der Erbserklärung begehrt worden; noch vor Ablauf der Deliberations-

frist ist er bei Gericht erschienen und hat ohne Vorbehalt und Einschränkung erklärt, er wolle die letztwillige Anordnung respectiren und die Erbschaft auf Grundlage des Testamentes antreten; auf dieser Erklärung fußend hat der Notar B sich den Anfall der Hälfte des Nachlasses für den Fall vorbehalten, als der Erbe zur zweiten Ehe schreiten sollte, und wenn die gerichtliche Einantwortung mit Bezug auf die Last und Beschränkung des Testamentes geschah, so hat dies nicht allein auf die Legate, sondern auch auf jene Bedingung Bezug, welcher sich der Gatte ausdrücklich unterworfen hat. Die Annahme der Bedingung, vermöge deren der überlebende Ehegatte erklärt, für den Fall einer zweiten Ehe auf einen Theil des Nachlasses zu verzichten, enthält nichts Unerlaubtes und nichts Gesetzwidriges. Die Bedingung des Witwerstandes ist überhaupt nicht eine absolut unzulässige im Sinne des §. 698 a. b. G. B., und der §. 700 a. b. G. B. erscheint nur als eine Ausnahme von der Regel des §. 699 a. b. G. B., ist somit nicht ungebührlich ausdehnend zu erklären. Wenn übrigens der Erbe vermeinte, der Sinn des §. 700 a. b. G. B. spreche zu seinen Gunsten, so hätte er dies während der Abhandlung zur Geltung bringen sollen; allein nun, da er erklärt hat, den letzten Willen seiner Ehegattin respectiren zu wollen, und auf Grundlage dieser Erklärung die Einantwortung erfolgt und in Rechtskraft erwachsen ist, kann er nicht mehr zurücktreten und den Sinn des Testamentes anfechten." Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Berufung auf die angeführten Gründe.

Nr. 328.

Prämiengeschäft in Industriepapieren. — Condictio sine causa.

Entsch. v. 1. April 1857, Nr. 2596 (theilweise Best. des das Urtheil des H. G. Wien v. 28. Juli 1856, Nr. 34428, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 19. Nov. 1856, Nr. 11474). G. Z. 1857, Nr. 52. Haimerl's Mag. Bd. XV., S. 483 ff.

A war mit seiner Klage gegen B auf Lieferung von 20 Stück Nordbahnactien aus dem Grunde in dritter Instanz abgewiesen worden, weil das fragliche Prämiengeschäft als Wette anzusehen sei und hiernach kein Klagerecht erzeuge (oben Nr. 68). A klagte nunmehr gegen B auf Rückzahlung von 700 fl. sammt 5 Procent Interessen vom Klagstage an, indem er behauptet, daß er dem B eine Prämie von 700 fl. dafür gezahlt habe, daß dieser sich verpflichtete, ihm am 25. Mai 1852 20 Stück Nordbahnactien zum Course von 155 nach seiner (B's) Wahl zu liefern oder von ihm zu übernehmen, daß B trotz seiner Aufforderung diesen Vertrag nicht erfüllt habe, daß seine Klage auf Vertragserfüllung abge-

wiesen worden sei, und daß ihm daher das Recht zustehe, die gezahlte Prämie von 700 fl. zurückzufordern. Zum Beweise dieser Umstände bot A den Zeugenbeweis und seinen Erfüllungseid an und trug überdies dem B den referiblen Hauptеid auf. Der Zeugenbeweis wurde in dritter Instanz zugelassen (Entsch. vom 2. April 1856, Nr. 2188, G. Z. 1856, Nr. 83), fiel aber nicht zu Gunsten des Klägers aus. Die erste Instanz wies nun mit Uebergehung des aufgetragenen referiblen Haupteides den Kläger mit seinem Begehren ab. Sie ging hiebei von der Ansicht aus, daß dem Kläger jeder Rechtstitel zur Rückforderung der gezahlten Prämie mangle. „Die Prämie sei nicht, wie A behauptet, der Preis des Spiels, welcher zurückgestellt werden müsse, weil das Spiel nicht zu Ende geführt werden konnte; sie wurde nicht deponirt, sondern dem B gezahlt; sie war kein Einsatz, der nach dem Ausgange des Spieles dem Kläger oder dem Geklagten zufallen sollte; der Geklagte habe die Prämie bekommen, ohne Rücksicht darauf, wie die Coursdifferenz sich stellen werde und bevor diese noch bekannt war. Die Prämie ging somit in das Eigenthum des B über und bedeute, wie schon ihre Name zeige, nichts anderes als ein Entgelt dafür, daß B sich mit A in das Spiel einließ, kein Entgelt für die Gefahr und Wagniß, welche B in Aussicht auf die Möglichzeit einer die Prämie übersteigenden Differenz auf sich nahm. Die Verabredung, einen Spielvertrag zu schließen, das Uebereinkommen, sich in ein Spiel einzulassen, sei nichts Unerlaubtes, sondern ein giltiger Vertrag; das gegebene Entgelt könne somit nicht zurückgefordert werden (§. 1432 a. b. G. B.). Die im Schlußzettel stipulirte Caution (wonach im Falle der Nichterfüllung durch den einen Theil dem anderen Contrahenten das Recht auf Auflösung des Vertrages und Schadenersatz eingeräumt wurde) bezieht sich auf den Spielvertrag, aber nicht auf die Verabredung, den Spielvertrag zu schließen, welch' letztere gegen Leistung des Entgelts — der Prämie — vollkommen abgeschlossen und beiderseits erfüllt worden ist. Endlich werde auch der Betrag von 700 fl. nicht als Schadenersatz in Anspruch genommen und sei auch ein Schade nicht darzuthun, da nicht vorliege, wie groß die Coursdifferenz, welche Kläger bekommen sollte, gewesen sei." Die zweite Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß unter der Bedingung, daß Geklagter den ihm über den Empfang der Prämie aufgetragenen Haupteid nicht ablegen, resp. der Kläger den zurückgeschobenen Haupteid abschwören würde. Die Entscheidungsgründe lauten: „Schon in den Gründen des oberlandesgerichtlichen Urtheils vom 2. Jänner 1856, Nr. 15531, ist erörtert, daß jener Vertrag, welcher den Anlaß zu gegenwärtigem Rechtsstreite gab, seiner rechtlichen Natur nach eine Wette über den Umstand war, ob die Differenz zwischen dem am 25. Mai 1852 wirklich bestandenen Cours der Nordbahnactien und zwischen einem Course von 155 Procent größer oder kleiner sein werde, als der vom Kläger als Prämie gezahlte Betrag, und ist ferner erörtert, daß die von Seite des Klägers dem Geklagten gezahlte Prämie nichts als ein dem Geklagten gegebenes Entgelt für den Ab-

schluß eines solchen Geschäftes angesehen werden könne. Durch das Urtheil des k. k. obersten Gerichtshofes vom 2. April 1856, Nr. 2188, ist im Grundsatze entschieden, daß der Klageanspruch nicht ohne Weiteres in quali als unstatthaft erscheine, und wurde deßhalb der nur über den wirklichen Abschluß des Geschäftes, über die wirkliche Zahlung von Prämien und über den Betrag der letzteren angebotene Zeugenbeweis zugelassen. Bei dem Bestande dieses in letzter Instanz ergangenen Spruches erscheint die Frage, ob die vom Kläger gezahlten Prämien gerichtlich gefordert werden können, in diesem Processe bereits zu Gunsten des Klägers entschieden, und kann daher in diesem Processe nur mehr auf die Erörterung darüber eingegangen werden, ob Kläger die Zahlung von Prämien, und zwar in dem von ihm angegebenen Betrage und aus Anlaß des in Rede stehenden Geschäftes bewiesen habe; daß ein solcher Beweis durch die Aussage des Zeugen X nicht geliefert wurde, hat Kläger selbst anerkannt, daher auch die Aussagen dieses Zeugen nicht weiter in Beurtheilung zu nehmen sind. Das Zugeständniß des Geklagten, daß er vom Kläger an Prämien 320 fl. C. M. erhalten habe, kann den Kläger weder ganz noch theilweise von dem Beweise darüber befreien, daß er dem Geklagten aus Anlaß des in Rede stehenden Geschäftes Prämien gezahlt habe, weil ein Geständniß nicht anders, als gegeben wurde, angenommen werden kann, Geklagter aber ausdrücklich widersprochen hat, daß er diese 320 fl. vom Kläger nur für das in Rede stehende Geschäft empfangen habe, somit für die in diesem Rechtsstreite entscheidende Thatsache, daß und in welchem Betrage in Absicht auf das in Frage stehende Geschäft dem Geklagten vom Kläger Prämien gezahlt worden seien, ein Geständniß nicht vorliegt. Ueber diese Thatsache hat der Kläger endlich noch den Beweis durch den Haupteid angeboten, auf welchen sohin als entscheidend und in Abgang anderer Beweismittel erkannt werden mußte."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz, änderte aber den Zinsenzuspruch auf 4 Procent vom Klagstage ab, „in der Erwägung, daß die vom Kläger eingeklagten 700 fl. nicht als ein Preis einer vom Kläger gewonnenen Wette in Anspruch genommen, sondern gefordert werden, weil Kläger jenen Betrag, wie er durch den Haupteid erweisen will, dem Geklagten mit Rücksicht auf den durch den Börseschlußzettel constatirten Geschäftsabschluß als Prämie bezahlt, der Geklagte aber die ihm aus jenem Geschäfte obgelegene Verbindlichkeit, nämlich die verlangte Lieferung von 20 Stück Nordbahnactien nicht geleistet hat, und da das Geschäft als eine Wette erschien, auch vom Richter zur Leistung nicht verhalten worden ist. Wenn die 700 fl. dem Geklagten wirklich mit Rücksicht auf obigen Geschäftsabschluß bezahlt worden sind, so bildeten sie das vom Kläger geleistete Entgelt für die vom Geklagten übernommene Verbindlichkeit, und da letzterer solche nicht erfüllt hat, so hörte seinerseits der Rechtsgrund, die 700 fl. zu behalten, offenbar auf, und der Kläger wurde nach §. 1435 des a. b. G. B. berechtigt, dieselben zurückzufordern, insoferne er den durch den Haupteid angetragenen Be-

weis herzustellen vermag. Dagegen konnten dem Kläger die Interessen nach §. 995 a. b. G. B. nur mit 4 Procent zuerkannt werden, weil das zwischen den Streittheilen verhandelte Geschäft kein eigentliches Handelsgeschäft, sondern eine bloße Wette war."

Nr. 329.

Empfangsbestätigung ohne Angabe des Rechtsgrundes.

Entsch. vom 1. April 1857, Nr. 2892 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 9. Sept. 1856, Nr. 15732, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 27. December 1856, Nr. 13309). Gaz. d. Trib. 1857, S. 349, 350.

Im Nachlasse des A fanden sich fünf von B ausgestellte Bestätigungen über den Empfang von Geldbeträgen, zusammen von 3000 Lire. Die Erben des A verlangen, lediglich darauf gestützt, von B die Bezahlung von 3000 Lire. Ihrem Klagebegehren ward auch wirklich in erster Instanz stattgegeben, obgleich B erklärt, jene Bestätigungen seien Quittungen über Schulden, welche A ihm abgezahlt habe. „Jene Urkunden", so heißt es in den Entscheidungsgründen, „seien in Verbindung mit dem Geständnisse des Geklagten über den Emfang der Geldsummen keiner Einwendung unterworfen und beweisen dem Aussteller gegenüber die Existenz einer Schuld, und ihm komme es daher, wenn er behaupte, A sei ihm jene Beträge schuldig gewesen, zu, den Beweis für diese seine Einwendung herzustellen." Die beiden höheren Instanzen wiesen das Klagebegehren zurück, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Aus der bloßen Thatsache, daß A dem B Geld übergeben und dieser solches übernommen hat, entspringt für ihn noch nicht die Verpflichtung, dasselbe zurückzuzahlen, so lange über letztere kein Beweis vorliegt, da ja für die Uebergabe von Geld die verschiedensten Motive bestehen können, und kein Grund vorhanden ist, im Zweifel eher anzunehmen, daß es mit der Verpflichtung der Zurückstellung übernommen wurde. Es spricht also gegen den Geklagten nicht einmal die Vermuthung einer solchen Verpflichtung; er braucht sie daher auch weder zu zerstören, noch den Grund darzuthun, weßhalb die Zahlung erfolgte. Vielmehr obliegt es den Klägern, diesen bestimmt anzugeben und zu beweisen, daß er ausreiche, ihre Klage auf Rückstellung zu rechtfertigen."

Nr. 330.

Verhältniß des Wiederherstellers eines abgebrannten Hauses zu den früheren Hypothekargläubigern.

Entsch. vom 15. April 1857, Nr. 2965 (Best. des Urtheils des L. G. Linz v. 19. Juni 1856, Nr. 2726, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 10. Sept. 1856, Nr. 13728.) Gerichtsh. 1858, S. 395 ff.

Der Baumeister A baute das abgebrannte Haus des X auf und ließ den accordirten Bauschilling per 800 fl. darauf pränotiren. Das Haus wurde auf Ansuchen eines früheren Tabulargläubigers executiv versteigert, und da der dadurch erzielte Meistbot-Erlös zur Deckung des Bauschillings nicht hinreichte, trat A wider sämmtliche seiner pränotirten Post vorausgehenden Tabulargläubiger mit der Klage auf, sie seien zu gestatten schuldig, daß der Bauschilling per 800 fl. aus dem Feilbietungs-Erlös berichtigt werde. Die erste Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren aus folgenden Gründen ab: „Zu den Tabulargläubigern ist Kläger durch den mit dem Hausbesitzer abgeschlossenen Bauvertrag in gar kein Rechtsverhältniß getreten, und es können ihm aus demselben nur gegen den Hausbesitzer Rechte zustehen. Die geklagten Satzgläubiger haben auf das Haus bezüglich ihrer Forderungen ein Recht, und zwar ein dingliches Sachenrecht erlangt (§. 308 a. b. G. B.), welches ihnen ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person zusteht. Kläger nimmt für sich ein persönliches Recht in Anspruch (§. 307 a. b. G. B.), welches ihm aber weder nach dem Gesetze noch aus einer verbindlichen Handlung zusteht. Von einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Bezug auf die Satzgläubiger kann hier keine Rede sein, denn eine Bauführung des Hauses und resp. die Veranlassung einer solchen konnte nie das Geschäft der Tabulargläubiger sein, welchen mit dem Pfandstücke keine wie immer geartete Verfügung zustand; Kläger hat daher nicht das Geschäft der Tabulargläubiger, sondern jenes des Hausbesitzers besorgt. Wenn das Haus durch den Bau verbessert wurde, so ist dies als Zuwachs und Zugehör des Pfandes zu betrachten, worauf die Gläubiger nach §. 457 a. b. G. B. ohnehin Anspruch haben.“ Die zweite Instanz erkannte auf den vom Kläger angebotenen Zeugenbeweis über die Bauführung und auf den Kunstbefund über den Werth des Baues. Die Entscheidungsgründe lauten wie folgt: „Der Kläger ist zwar zu den Tabulargläubigern durch den mit dem Hausbesitzer abgeschlossenen Bauvertrag in kein Rechtsverhältniß getreten; er hat auch seinen Anspruch gegen dieselben nicht aus diesem, sondern aus dem Titel des Entgeltes für seine Leistungen geltend gemacht. Hierzu ist er auch nach den §§. 1041 und 1043 a. b. G. B. berechtigt; denn durch seine Zimmermannsarbeiten und durch Herbeischaffung des nothwendigen Materials aus seinem eigenen Vermögen hat er offenbar zum Vortheile des Hauses jene Bauführung unternommen, indem er dadurch nicht nur den weiteren Schaden des abgebrannten

Hauses abgewendet, sondern auch die Hypothek der Gläubiger im Werthe verbessert hat, wodurch ein größerer Kaufschilling erzweckt wurde, als wenn die bloße Brandstätte ohne seine Leistungen wäre verkauft worden, dieser erzielte höhere Kaufpreis aber ganz allein den Hypothekargläubigern zu Gute kommt, weil sie bei dem Zahlungsunvermögen des Hausbesitzers gewiß mit einem geringen Theile ihrer Hypothekarforderung zur Zahlung kommen würden. Der von dem Kläger gemachte Aufwand aus seinem Vermögen erscheint daher offenbar nur zum Vortheile der Satzgläubiger, von welchen er verhältnißmäßig den Ersatz seiner Leistungen und Auslagen anzusprechen berechtigt ist." Auf die Revisionsbeschwerde des Geklagten bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen: „Daß der §. 1043 a. b. G. B., welcher von dem Fall spricht, wo Jemand in einem Nothfall, um einen größeren Schaden von sich und Anderen abzuwenden, sein Eigenthum aufopfert, auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, wo es sich darum handelt, daß der nach einem Brande auf Bestellung des Eigenthümers des dadurch beschädigten Hauses wieder hergestellte Dachstuhl dem Zimmermeister bezahlt werde, nicht anwendbar sei, kann weiterer Erörterung nicht bedürfen. Der §. 1041 a. b. G. B. hat den Fall vor Augen, daß ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Anderen verwendet worden ist. Allein abgesehen davon, daß hier von einer Verwendung in Folge eines nur mit dem Eigenthümer des Hauses, auf welches die in rem versio stattgefunden hat, vom Kläger eingegangenen Lohnvertrages die Rede ist, so kann nach dem Begriffe des Pfandrechtes (welches sich auf alle zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehörige Theile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes erstreckt, §. 457 a. b. G. B.) gar nie behauptet werden, daß eine auf Anordnung des Pfandeigenthümers unternommene Verbesserung oder Wertherhöhung des Pfandobjectes im eigentlichen Sinne zu Nutzen (Vortheil, Gewinn) der Pfandgläubiger unternommen sei. Der Inhalt und Umfang des Pfandrechtes bleibt unverändert, nämlich das dingliche Recht, aus dem Pfandobjecte, wenn zur bestimmten Zeit die Verbindlichkeit nicht erfüllt wird, Befriedigung zu erlangen. Dieses Recht erhält durch solche Verwendung keine Erweiterung; die Pfandgläubiger können nie mehr als die bestimmte Befriedigung erlangen, auch wenn der Werth des Pfandes sich verzehnfacht, und nach der Priorität ihrer Rechte kann (und wird auch zum Theile im gegebenen Falle) ihnen die Werthverminderung, so weit sie nur noch im entwertheten Objecte Deckung fänden, völlig gleichgiltig werden, so daß selbst in Bezug auf die materielle Realisirung des Pfandrechtes unmöglich behauptet werden kann, daß z. B. der Hypothekargläubiger auf einem durch Feuer zerstörten Hause, welcher für seine Forderung noch durch den Werth der Bau-Area vollkommen gesichert ist, durch den Wiederaufbau einen Nutzen habe. Kläger hätte also, wenn selbst der Titel seines Anspruchs gegen die Satzgläubiger überhaupt bestünde, was durchaus nicht der Fall ist, genau nachweisen müssen, von welcher Post angefangen und welchem Gläubiger ein Nutzen durch seinen

Aufwand erwuchs. — Der Grundsatz aber, daß der auf ein Pfandobject gemachte Aufwand, welchen die Pfandgläubiger nicht selbst hätten machen müssen (§. 1042 a. b. G. B.), diesen eine Ersatzpflicht auferlege, würde zu den widersinnigsten Consequenzen führen, indem sofort jeder Bauunternehmer bei jeder mit Pfandforderungen noch so überlasteten Realität auf Veranlassung des verschuldeten und zahlungsunfähigen Eigenthümers allein die kostspieligsten Veränderungen und Zubauten ausführen könnte, weil er mit seinem Aufwande von allen Satzgläubigern wegen der Wertherhöhung des Pfandes Sicherstellung fände; ja wenn die Auslegung über die Verwendung einer Sache zum Nutzen eines Anderen obige Ausdehnung auch auf den Nutzen der Pfandgläubiger durch Aufwand auf das Pfandobject gewänne, so müßte selbst der Eigenthümer des Pfandobjectes, der zu solcher Wertherhöhung nicht verpflichtet ist, für einen zufälligen Aufwand gegen die Pfandgläubiger Ersatzrechte haben."

Nr. 331.

Unzulässigkeit der Ersitzung eines gesetzwidrig getheilten Bauerngutes.

Entsch. vom 22. April 1857, Nr. 2079 (Best. des Bescheides des O. L. G. Wien v. 8. Jänner 1857, Nr. 17014). Haimerl's Magazin, Bd. XV., S. 496, 497.

Die Ehegatten A und M waren zu ideellen Theilen auf dem Bauerngute x angeschrieben. Nach dem Tode der M wurde im Jahre 1842 ihre ideelle Hälfte ihren 5 Kindern eingeantwortet, welche an die Gewähr geschrieben wurden. Im Jahre 1857 bat A um Löschung dieses zu Gunsten seiner 5 Kinder bücherlich eingetragenen Eigenthumsrechtes an der betreffenden Hälfte des Bauerngutes. Das Oberlandesgericht hat auf dieses Gesuch in der Erwägung, daß das vormalige Pflegegericht den Nachlaß der am 3. Jänner 1842 verstorbenen M, Besitzerin der Hälfte des Gutes x, nach dem Patente vom 29. October 1790, Nr. 72 J. G. S., welches im §. 5 die Intestaterbfolge in Bauerngütern abweichend von der allgemeinen Intestaterbfolge normirt, und mit Hfdcr. vom 10. December 1826 auf das Herzogthum Salzburg ausgedehnt worden ist, hätte abhandeln, daher eine Erbserklärung nur dann annehmen sollen, wenn sie diesem Patente entsprochen hätte, und nur diesem Gesetze gemäß die Erbtheilung vornehmen durfte, und in der weiteren Erwägung, daß eine diesem politischen Gesetze zuwider erfolgte Vermögenszutheilung und Einantwortung stets rechtsunwirksam bleibt, weil der Richter anders, als in diesem Patente vorgeschrieben, die Rechte auf den Nachlaß nicht ertheilen kann, daß mithin die Eigenthumstheilung gegen dieses Patent als rechtsunwirksam nicht geeignet ist, das bücher-

liche Eigenthum der Hälfte des Gutes x von Seite der fünf M'schen Kinder zu erwerben" — die Abhandlung nach der am 3. Jänner 1842 ab intestato verstorbenen M einschließlich der Erbserklärung und der Besitzanschreibung der M'schen Kinder an die in die Verlassenschaft gehörige Hälfte des Gutes x aufzuheben, und dem Bezirksgerichte aufzutragen befunden, nach Rechtskraft dieser Verordnung die Abhandlung nach der M wieder aufzunehmen und nach der Erbfolge in Bauerngütern durchzuführen. Auf den Recurs der M'schen Kinder, welche sich insbesondere auf die mittlerweile erfolgte Ersitzung beriefen, hat der oberste Gerichtshof die obergerichtliche Entscheidung bestätigt, „mit Bezugnahme auf die vom O. L. G. angeführten Gründe und in der Erwägung, daß die dem Hfdcr. vom 29. October 1790, Nr. 72 J. G. S., welches mit Hofd. vom 10. December 1826 aus öffentlichen Rücksichten im Kronland Salzburg eingeführt worden ist, zuwiderlaufende Theilung der von der M hinterlassenen Gutshälfte nach dem Sinn des §. 1455 a. b. G. B. keine Ersitzung begründen konnte."

Nr. 332.

Proceßnullität wegen Eingriffs in die Competenz der politischen Behörde.

Entsch. vom 22. April 1857, Nr. 3813 (Best. des Urtheils des B. G. Ellbogen v. 26. Nov. 1856, Nr. 6895). G. Z. 1858, Nr. 92.

Der Bürgermeister eines böhmischen Städtchens klagte in Vertretung des städtischen Hospitals gegen B auf Zahlung der für die Verpflegung seiner Gattin abgelaufenen Kosten. Auf die meritorischen Einwendungen des B eingehend, wies die erste Instanz das Klagebegehren zurück. In zweiter und dritter Instanz wurde mit Berufung auf das Hfdct. vom 23. Juni 1820, Nr. 1669 J. G. S. (Wessely I, Nr. 44) ausgesprochen, daß die Erörterung und Entscheidung der Frage, ob die Gattin des B ohne dessen vorläufiges Einverständniß in das Krankenhaus aufzunehmen war, dann ob der Ersatz der auf sie verwendeten Verpflegskosten von ihr selbst oder von ihrem Gatten einzutreiben, oder von der Gemeinde zu tragen sei, ausschließlich der politischen Behörde angehöre, und daher sowohl das bezirksgerichtliche Urtheil als die gepflogene Verhandlung als nichtig aufgehoben.

Nr. 333.

Anordnung eines Kunstbefundes mittelst Bescheides wegen Gefahr am Verzug. — Gegenstand des Kunstbefundes.

Entsch. v. 22. April 1857, Nr. 3825 (Best. des den Bescheid des H. G. Wien vom 19. Jänner 1857, Nr. 55731, abänd. Decrets des O. L. G. Wien v. 18. Febr. 1857, Nr. 2162). G. Z. 1858, Nr. 106.

Die Handelsleute A u. Comp. haben dem Spediteur B 8 Colli Waaren zur Beförderung an C in X bis 25. October 1855 bei Frachtverlust und Schadenersatz übergeben. B hatte diese Waaren, statt sie auf dem gewöhnlichen Weg nach X gehen zu lassen, nach Y geschickt, wo sie am 28. October 1855 im Magazin lagen und durch die Springfluth havarirt wurden. Da nun dies nicht geschehen wäre, wenn die Waaren zur bestimmten Zeit nach X befördert worden wären, und da A u. Comp. sowohl durch die Beschädigung eines Theiles der Waaren als durch das verspätete Anlangen der Waaren am Bestimmungsort Schaden erlitten, indem inzwischen die zum Absatz günstige Zeit verstrichen, die Muster der nach Qualität und Farbe nur für den Absatz in X geeigneten Waaren veraltet waren, und C die Annahme verweigerte, beabsichtigten sie ihre Entschädigungsansprüche gegen B geltend zu machen, und wollten zu diesem Zweck den erlittenen Schaden durch Sachverständige vorläufig ermitteln lassen. Sie suchten daher um die Vornahme des Kunstbefundes an, durch den folgende Punkte constatirt werden sollten: a) die Werthsverminderung durch die Beschädigung in Folge der Durchnässung eines Theils der Waaren; b) der Umstand, daß die Waaren nur für den Bedarf in X geeignet seien, und nur dort Absatz finden; c) der Umstand, daß bereits im December 1855 die Saison zum Absatz dieser Waaren vorüber war, und die Muster veraltet seien; d) die Höhe des Schadens, den sie mit Rücksicht auf die in b) und c) angeführten Umstände bei den übrigen durch Wasser nicht beschädigten Waaren dadurch erleiden, daß diese Waaren nicht zur bestimmten Zeit in X ankamen.

Die erste Instanz gab diesem Gesuch um Anordnung des Kunstbefundes nicht statt, die zweite Instanz ließ denselben aus folgenden Gründen zu: „Das Hfd. v. 15. Jänner 1787, Nr. 620 J. G. S. lit. g (Wessely I, Nr. 705) gibt an die Hand, daß der Beweis durch Kunstverständige durch gerichtliche Verordnung zu veranlassen sei, wenn wegen eintretender Gefahr im Verzuge die Aufnahme dieses Beweises früher nothwendig wird, bevor derselbe durch Urtheil zugelassen werden kann. Bei dem Zwecke, welcher dieser gesetzlichen Anordnung zu Grunde liegt, muß es aber als im Geiste des Gesetzes gelegen anerkannt werden, daß bei der Beurtheilung der Gefahr dem richterlichen Ermessen nicht zu enge Schranken gesetzt, und daß hiebei auch jene Berücksichtigungen nicht ausgeschlossen sein sollen, die, wenn auch nicht auf strenge Beweise gestützt, sich doch nach der Natur der Sache als annehmbar und begründet dar-

stellen. Von diesem Gesichtspunkte aus kann es namentlich bei Streitigkeiten aus dem Handelsverkehre nicht unberücksichtigt bleiben, daß dem Handelsmann das unbenützte Liegenlassen von Waaren, und insbesondere von Waaren, welche dem schnellen Wechsel der Mode und des Geschmacks unterliegen, Schaden bringe, und daß jede Hemmung seiner Disposition ihn mit Verlust und Gefahr bedrohe. Es erscheint daher hinreichend annehmbar, daß die Recurrenten einer Gefahr ausgesetzt seien, wenn sie über die fraglichen Waaren nicht disponiren dürfen, bis ihr Entschädigungsanspruch ausgetragen ist. Der Umstand, daß die Recurrenten seit October 1855 nichts zur Geltendmachung ihrer Entschädigungsansprüche oder zur früheren Aufnahme des jetzt begehrten Kunstbefundes veranlaßt haben, kann nicht entgegenstehen, ihrem jetzigen Begehren stattzugeben, da es jedenfalls nur ihnen überlassen bleiben mußte, zu beurtheilen, wie lange sie die fraglichen Waaren unbenützt liegen lassen und ihre Rechtsmittel aufschieben können, ohne sich einer Gefahr auszusetzen. Die gegentheilige Einwendung, daß die Punkte b), c) und d) kein Gegenstand eines Augenscheines und Kunstbefundes seien, läßt sich nicht als begründet erkennen, und es wird erst der aufzunehmende Kunstbefund zeigen, ob und was durch denselben in der in den Punkten b), c) und d) angedeuteten Richtung festgestellt werden kann."

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung mit Bezug auf die vorstehenden obergerichtlichen Gründe, und zwar vorzüglich „in Erwägung, daß durch das Hfd. v. 15. Jänner 1787, Nr. 620 J. G. S., ganz allgemein vorgeschrieben wird, es sei der Beweis durch Kunstverständige mit Verordnung zugelassen, wenn wegen eintretender Gefahr im Verzuge dieser Beweis eilig vorzunehmen ist; dann in Erwägung, daß der Befundwerber als ein Kaufmann mit Rücksicht auf die Eigenschaft der dem Befunde zu unterziehenden Waaren allerdings der Gefahr des Verlustes ausgesetzt wird, wenn er über dieselben nicht sogleich verfügen kann, und sie bis zur Austragung des Entschädigungsprocesses unbenützt liegen lassen soll; endlich in Erwägung, daß dem Recurrenten aus der früheren Befundsaufnahme kein Nachtheil, wenigstens kein unwiederbringlicher, erwächst."

Nr. 334.

Legitimation des eventuellen gesetzlichen Erben zur Klage auf Ungiltigerklärung eines von dem Erblasser geschlossenen Vertrags. — Beweis der Geistesverwirrung durch Zeugen.

Entsch. v. 29. April 1857, Nr. 2825 (Best. des das Urtheil des B. G. Lienz v. 30. Oct. 1856, Nr. 2087, abändernden Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 21. Jänner 1857, Nr. 120). G. Z. 1858, Nr. 72.

Der Kläger A führt an, daß sein im Februar 1855 verstorbener Vater M seinem Sohn (resp. dem Bruder des Klägers) B laut Urkunde

vom 3. März 1854 sein ganzes unbewegliches und bewegliches Vermögen entgeltlich abgetreten habe, daß aber dieser Vertrag ungiltig sei, weil M wegen Geisteszerrüttung die erforderliche Einwilligung zu geben nicht vermocht habe, worüber er den Beweis durch Zeugen anbietet. Durch diesen Vertrag behauptet A in seinen Ansprüchen auf das väterliche Vermögen verletzt zu sein, und klagt daher auf Ungiltigerklärung des Vertrags. B läugnet die behauptete Ungiltigkeit des Vertrages wegen Mangels der Einwilligung, und bestreitet dem A insbesondere die legitimatio ad causam. Die erste Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren ab, „weil nach §. 547 a. b. G. B. der Erbe erst dann in die Rechte des Erblassers mit der Wirkung eintrete, daß er dieselben gegen dritte Personen klagend verfolgen könne, wenn er die Erbschaft angenommen habe, Kläger aber den Beweis der Erbschaftsannahme nicht geliefert habe, sohin keinen Rechtstitel zu dieser Klagführung besitze; ferner weil Kläger laut des vom Geklagten in der Duplik gelegten und nicht beanständeten Testamentes des M von der Erbschaft desselben ausgeschlossen, und der Sohn B als eingesetzter Universalerbe erscheine, daher nur dieser und nicht der Kläger zur Bestreitung des in Frage stehenden Vertrags einen Rechtstitel besitze, dem Kläger aber nur das Recht der Klageführung zur Ergänzung des allenfalls verletzten Pflichttheils zustehe."

Die zweite Instanz erkannte auf den vom Kläger angebotenen Zeugenbeweis aus folgenden Gründen: „Vor Allem ist die Frage zu beantworten, ob dem Kläger ein Recht zustehe, den Vertrag vom 3. März 1854, womit dem B das sämmtliche väterliche Vermögen überlassen wurde, zu bestreiten. Diese Frage muß bejahend beantwortet werden. Es wurde nämlich nicht widersprochen, daß der Kläger ein Sohn des M sei, und daß ihm nach dem Gesetze ein Erbrecht nach seinem Vater zustehe, — und dieses Erbrecht ist ihm mit dem Tode seines Vaters angefallen. Da durch den Vertrag das ganze väterliche Vermögen auf den Geklagten übertragen wurde, so besteht nun nach M keine Verlassenschaft mehr, folglich wurde dadurch des Klägers gesetzliches Erbrecht vereitelt; dieses wird aber wieder realisirbar, wenn der Vertrag als null und nichtig erklärt werden sollte. Zwar hat der Geklagte in der Duplik ein Testament des M vom J. 1846 producirt, in welchem der Kläger vom Erbrechte ausgeschlossen ist; allein dieses Testament ist vorliegend nicht zu berücksichtigen, weil es dem Kläger, wenn es zur Geltung gebracht würde, immer noch frei stünde, dagegen seine gesetzlichen Schritte zu machen. Da also dem Kläger das Recht, den Vertrag zu bestreiten, nicht abgesprochen werden kann, ist es weiter zu untersuchen, ob der Vertrag giltig sei oder nicht, und weil zur Beantwortung dieser Frage die Aussagen der Zeugen über die angebotenen Weisartikel wesentlich sein dürften, so mußte auf den Zeugenbeweis erkannt werden. Zwar hat der Geklagte dagegen eingewendet, daß über den Geisteszustand eines Menschen nur Kunstverständige, nicht Zeugen zu urtheilen haben; allein es kommen in den Weisartikeln solche factische Umstände vor, welche den Geisteszu-

stand des M genugsam in das Licht stellen dürften. Dr. X hat zwar in dem Weisartikel C nur über den Geisteszustand des M vom 20. März 1854 auszusagen, während der Vertrag schon am 3. März 1854 abgeschlossen worden ist; allein in Anbetracht dessen, daß eine völlige Geistesverwirrung erst nach und nach, nicht plötzlich einzutreten pflegt, und in Anbetracht, daß der Richter erst bei der Erledigung zu beurtheilen haben wird, ob die diesfällige Aussage des Dr. X eine Berücksichtigung verdiene, glaubte man auch diese Weisartikel zulassen zu müssen."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des Obergerichtes aus folgenden Gründen: „So lange kein Verlassenschaftsvermögen bekannt ist, kann von einer gerichtlichen Ueberlassung desselben in den rechtlichen Besitz einer Person, also von einem Verlaßabhandlungsacte und von der im Abhandlungswege nöthigen speciellen Erbserklärung keine Rede sein. Im ordentlichen Rechtswege gegen den Besitzergreifer der Verlassenschaft enthält schon die Klage nach §. 823 a. b. G. B. die Erklärung des Klägers, das Vermögen des Erblassers ganz oder theilweise aus einem gesetzlichen Erbrechtstitel in Besitz nehmen zu wollen, somit die Erbserklärung. Da von dem Geklagten anerkannt ist, daß Kläger ein gesetzlicher und Notherbe des verstorbenen M sei, so kann dessen Legitimation ad causam, den Verlaß ausfindig zu machen, das Verlaßvermögen zum Behufe der gesetzmäßigen Abhandlung desselben herzustellen, somit die Ungiltigkeit des Besitztitels des Geklagten und seiner Erwerbsart nachzuweisen, also den Vertrag zu bestreiten, nicht wohl mit Grund bezweifelt werden. Erst wenn ein Verlaßvermögen erscheint, wird die Frage ein Gegenstand der Erörterung sein, ob die Abhandlung des Nachlasses in Folge des Testamentes vom 25. April 1846, oder in einer andern Art zu geschehen habe. Diese Frage ist also secundär. Der Geklagte wird hier nicht als Erbe aus diesem Testamente, sondern wegen eines Vertrages unter Lebenden belangt; er kann also heute nur die Rechte eines Paciscenten, nicht aber schon Rechte aus einem Rechtsverhältnisse geltend machen wollen, an welchem er derzeit noch kein Theilnehmer ist, und welches er durch seinen particulären Besitz selbst nicht anerkennt. Die Erörterung des Testaments entfällt ja von selbst, wenn der fragliche Vertrag zu Recht besteht. Ohne Anhörung der zum Beweise der Ungiltigkeit des Vertrages aufgerufenen Zeugen kann darüber nicht ausgesprochen werden. Möglicherweise können durch die Zeugen solche Daten nachgewiesen werden, aus welchen mit juristischer Gewißheit gefolgert werden kann, es sei von Seite desjenigen, dessen Einwilligung bestritten wird, wegen Mangels der erforderlichen Kräfte des Geistes keine wahre Einwilligung erfolgt. Der §. 567 a. b. G. B. gestattet ja in dem Falle, wo der Mangel des Verstandesgebrauches vor dem bestrittenen Acte erwiesenermaßen vorhanden war, also im Zweifel die Fortdauer dieses Seelenzustandes zu vermuthen ist, den Beweis der Aen-

derung dieses Zustandes (auch außer dem Wege durch Kunstverständige) durch andere zuverlässige Zeugen."

Nr. 335.

Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall? — Einfluß der Errichtung eines Testamentes auf ein früheres in demselben nicht bestätigtes Codicill. — Vertragsmäßiger Verzicht auf ein Legat.

Entsch. vom 5. Mai 1857, Nr. 2963 (Abänd. der Urtheile des B. G. Leoben v. 9. Sept. 1856, Nr. 3212, und des O. L. G. Graz v. 24. Dec. 1856, Nr. 8790). G. Z. 1858, Nr. 102.

A klagte die B, als Universalerbin des M, auf Zahlung einer Summe von 400 fl. CM. Er stützte seine Klage auf eine von M ausgestellte Urkunde, in welcher es heißt: „Ich gebe dem A... im Falle meines unverhofften jähen Todes durch diese Erklärung die Versicherung, daß ich ihm.... noch bei Lebzeiten ein freies Geschenk von 400 fl. CM. Baarschaft mache, was er oder seine Erben nach meinem Tode auf jeden Fall, wenn er auch im Testament nicht vorkommen sollte, von meinem Vermögen anzusprechen haben soll, was ihm auch ohne Anstand ausbezahlt werden muß..." A behauptet, diese Urkunde enthalte eine Schenkung unter Lebenden, indem der Zusatz „nach meinem Tode auf jeden Fall" nur die Zahlungszeit feststelle. Die Geklagte bestreitet vor Allem die Echtheit der Unterschrift des M. Sie behauptet ferner den Widerruf dieser Verfügung durch eine später von M mit A gepflogene Abrechnung, indem M dem A die Zahlung des Pachtzinses für die ihm verpachtete Schmiede erlassen, alle Schulden desselben in sein Zahlungsversprechen übernommen, und hiebei zu ihm gesagt habe: „Wenn ich nicht alle deine Schulden in mein Zahlungsversprechen übernommen hätte, so würde ich dich in meinem Testamente bedacht haben; weil ich aber jetzt schon alle deine Schulden bezahle, so bekommst du später von mir nichts mehr, und wirst in meinem Testamente nicht mehr bedacht werden; wir zwei sind jetzt ganz gleich; ich habe von dir nichts und du von mir nichts mehr zu fordern;" mit dieser Ausgleichung sei A einverstanden gewesen; über diese Thatsachen trägt sie dem A den referiblen Haupteid auf. Endlich behauptete sie, daß M von A jene Schenkungsurkunde wiederholt, aber erfolglos zurückgefordert habe, und trägt hierüber dem A den irreferiblen Haupteid auf. — Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück. Sie fand, daß die fragliche Urkunde nicht als Schenkung unter Lebenden, sondern als Schenkung auf den Todesfall anzusehen sei. Als solche könne sie jedoch nicht als Vertrag gelten, da es ihr an den im §. 956 a. b.

G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten mangle, da die Annahme des Geschenknehmers fehle und der Geschenkgeber sich des Widerrufsrechtes nicht begeben habe; als Legat aber sei sie durch das spätere Testament nach §. 713 a. b. G. B. aufgehoben, weil in demselben von jenem Vermächtniß keine Erwähnung gemacht sei.

Die zweite Instanz erkannte, die Geklagte sei schuldig, die Summe von 400 fl. CM. als Vermächtniß aus dem Nachlaßvermögen zu bezahlen. Sie fand zunächst den Beweis der Echtheit der Urkunde durch Vergleichung der Handschriften erbracht. „Was nun die Rechtswirksamkeit der Urkunde selbst anbelangt, so läßt sich mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut, wornach A ein freies Geschenk von 400 fl. CM. auch bei Lebzeiten der Art zugesichert wurde, daß ihm jedenfalls nach dem Tode des M (er mag im Testamente desselben genannt sein oder nicht) 400 fl. CM. ausgezahlt werden müssen, nicht bezweifeln:

1) daß M dem Kläger schon bei Lebzeiten ein Recht einräumen wollte, weßhalb er die Form des Vertrages, im Gegensatze von der eines Codicills gewählt hat, und

2) daß die Erfüllung der zugesicherten Schenkung nach dem Tode des Geschenkgebers erfolgen sollte. Ein solches Rechtsgeschäft hat aber nach der klaren Vorschrift des §. 956 a. b. G. B. die Natur einer Schenkung auf den Todesfall. Aus der Einreihung und Stylisirung des §. 956 a. b. G. B. folgt, daß jeder Schenkung auf den Todesfall ein Vertrag, als factischer Entstehungsgrund, die rechtliche Existenz gewährt, welcher jedoch nach Verschiedenheit der beobachteten Förmlichkeiten als Vertrag oder als Vermächtniß wirksam werden kann. Demzufolge muß jede auf den Todesfall zugesicherte Schenkung unter den allgemeinen Vertragserfordernissen angenommen werden; das Vertragsrecht muß noch überdies durch eine schriftliche Urkunde versichert werden (§. 943 a. b. G. B.), es kann aber in der Regel nicht widerrufen werden (§. 946 ebd.). Nachdem der Geschenkgeber in der Urkunde sich des Widerrufes ausdrücklich nicht begeben, und der Geschenknehmer die Schenkung in der Urkunde ausdrücklich nicht angenommen hat, — so kann diese Schenkung auf den Todesfall als Vertrag nicht wirksam sein. Dagegen ist sie als Vermächtniß wirksam. Der Geschenkgeber hat die Schenkung von 400 fl. dem Kläger ernstlich zugesichert, er hat die darüber ausgestellte Urkunde eigenhändig unterschrieben und dem Geschenknehmer übergeben, welcher sie übernommen, aufbewahrt und gerichtlich geltend gemacht hat. In diesen letzterwähnten Acten liegt nach §. 863 a. b. G. B. eine stillschweigende Annahme, welche bei den als Vermächtniß wirksamen Schenkungen um so gewisser genügen muß, nachdem der §. 943 ebd. die ausdrückliche Annahme der Schenkung in der Urkunde nicht fordert und der §. 956 ebd. dieses Erforderniß nur an die als Vertrag wirksame Schenkung auf den Todesfall (als Ausnahme) knüpft. Nach dieser Rechtsanschauung über die Natur einer Schenknng auf den Todesfall kann von einem Widerrufe

des M keine Rede sein. Ein später verfaßtes Testament liefert nicht implicite einen Widerruf eines früheren Codicills, um so weniger dieser Schenkung auf den Todesfall, welche M dem Kläger laut der Urkunde zugesichert hat, gleichgiltig, ob er im Testamente genannt werde oder nicht. Ebensowenig liegt dieser Widerruf in der Aeußerung, welche M nach der Behauptung der Geklagten bei Gelegenheit der mit dem Kläger gepflogenen Abrechnung gemacht hat. Diese Aeußerung bezog sich nur auf das besondere Rechtsverhältniß. Nur dann, wenn der Kläger über Aufforderung des Geschenkgebers die Schenkungsurkunde zurückgestellt hätte, wäre der Schenkungsvertrag, worin sich der Geschenkgeber einen Widerruf nicht vorbehalten hat, mutuo consensu der Contrahenten erloschen. Aus diesen Gründen mußte dem Klagebegehren mit der Beschränkung stattgegeben werden, daß die 400 fl. nur als Vermächtniß aus dem Nachlasse des M von der Geklagten zu entrichten sind."

Der oberste Gerichtshof erkannte: Die Geklagte sei als Universalerbin und Verlaßübernehmerin nach ihrem Gatten M den angesprochenen Betrag von 400 fl. CM. nur dann zu bezahlen schuldig, wenn sie durch den dem Kläger zugeschobenen referiblen Haupteid die behauptete Abrechnung und Ausgleichung nicht zu erweisen vermöchte. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Wenn Jemand, wenn auch schriftlich, einem Dritten verspricht, daß dieser nach des Promittenten Tode eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Summe Geldes aus dem Nachlasse des Promittenten zu erhalten habe, so ist dies eine letztwillige Erklärung, somit ihrem Begriffe nach widerruflich, also ein Codicill. Soll diese Willenserklärung aufhören, eine einseitige, unabänderliche, somit ein Codicill zu sein, so muß sie nicht blos schriftlich geschehen, sondern es muß in der Schrift auch auf das Widerrufsrecht deutlich verzichtet sein. Dadurch erst tritt die Erklärung aus der Classe der letztwilligen und somit widerruflichen Verfügungen heraus. Wenn also die fragliche Urkunde hier vom Kläger mitgefertigt wäre, so würde sie doch keine unwiderrufliche Schenkung sein, weil die Mitfertigung des Testamentes oder Codicills von der darin bedachten Person die rechtliche Beschaffenheit der Sache nicht zu ändern vermag. Da nun die Urkunde keine ausdrückliche Begebung des Revocationsrechtes, somit das Unterscheidungsmerkmal von einer letztwilligen Anordnung nicht enthält, so ist sie nur ein Codicill und der darin bedachte Kläger ist nur als Legatar anzusehen, da das Oberlandesgericht mit Recht angenommen hat, daß dieses Codicill von M eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden, somit solches nach §. 578 a. b. G. B. rechtsförmlich sei. Die Richtigkeit dieser auf der Vergleichung der Handschriften beruhenden Ansicht kann um so weniger bezweifelt werden, als die Geklagte selbst beweisen will, daß M die Rückstellung dieser durch einen liberatorischen Vertrag wirkungslos gewordenen Urkunde gefordert habe. Dieses Codicill kann durch das spätere Testament als aufgehoben nicht angesehen werden, weil der §. 713 a. b. G. B. nur ein früheres Testament, nicht aber ein früheres Codicill durch ein späteres aufgehoben er-

klärt, und weil der Anwendung des §. 713 ebd. hier sogar der ausdrückliche Inhalt des Codicills entgegen wäre. Zur Annahme eines Widerrufs dieses Codicills nach §. 719 a. b. G. B. mangeln aber die gesetzlichen Erfordernisse..... (Was in der Revisionsbeschwerde wegen unterlassener Anmeldung des Legats bei der Verlaßabhandlung, wegen unterbliebener Einantwortung an den Legatar angeführt wird, hat nicht nur kein Gesetz für sich, sondern vielmehr das bestehende Gesetz gegen sich). Eine andere entscheidende Frage aber liegt darin, ob das heutige Legat nicht als durch den von der Geklagten behaupteten Liberationsvertrag erloschen anzusehen sei? Ist ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Legat erfolgt, so kann wohl auch der Vermächtnißnehmer das Legat nicht wieder ansprechen (§§. 538, 551 a. b. G. B.). Daß der Liberationsvertrag, der Verzicht auf das Legat, etwa wie der einseitige Widerruf im Falle des §. 719 ebd. nur in schriftlicher Form giltig sei, läßt sich nach den §§. 538 und 551 ebd. um so weniger behaupten, als nicht bezweifelt werden kann, daß wenn die Urkunde ein giltiges Schenkungsversprechen unter Lebenden enthielte, dieses durch einen späteren mündlichen Liberationsvertrag erloschen wäre. Wenn aber ein förmlicher urkundlicher Vertrag durch einen späteren mündlichen vernichtet werden kann, so kann letzterer auch wohl nicht weniger Wirkung auf ein bloßes widerrufliches Versprechen haben. Die Geklagte will nun durch den referiblen Haupteid erweisen, daß A im Jahre 1843 sich mit M dahin ausgeglichen habe, daß keiner an den andern in Betreff ihrer bis dahin bestandenen gegenseitigen Forderungen irgend einen Anspruch zu stellen habe. Hat nun dieses Uebereinkommen stattgefunden, so hat Kläger auf jeden Anspruch gegen den Nachlaß, insoweit ihm von M ein solcher späterhin nicht eingeräumt wurde, vertragsmäßig Verzicht geleistet, und kann aus dem in seinen Händen befindlichen früheren Codicille nichts ansprechen. Dagegen erscheint der von der Geklagten dem Kläger zugeschobene irreferible Haupteid über M's erfolglose Rückforderung des Codicills unerheblich, weil, wenn der liberatorische Vertrag zu Stande kam, die Urkunde, um die es sich handelte, von selbst schon ihre Wirkung verloren hat, wenn er aber nicht zu Stande kam, die bloße Rückforderung der Urkunde den Bedingungen der §§. 719 und 721 a. b. G. B. nicht entsprechen würde. Hat M diese Urkunde zum Zwecke der Vernichtung außer dem Falle eines Liberationsvertrages zurückgefordert, so würde daraus nur folgen, daß er sie irriger Weise für eine Schenkung unter Lebenden gehalten habe, die aber auch in dieser Eigenschaft nur durch den liberatorischen Vertrag wirkungslos geworden wäre. Da der über das Geständniß des Klägers ihm zugeschobene irreferible Haupteid, sowie der über das die Ausgleichung betreffende Geständniß angebotene Zeugenbeweis nach §. 110 a. G. O. nicht entscheidend ist, so mußte mit Abänderung beider Urtheile der erstgedachte irreferible Haupteid zugelassen werden."

Nr. 336.

Abschließung eines mündlichen Kaufvertrags unter gleichzeitiger Verabredung, daß an einem bestimmten Tage die zur Einverleibung nöthige Kaufurkunde ausgefertigt werden solle.

Entsch. v. 5. Mai 1857, Nr. 3153 (Bestätigung des Urtheils des B. G. Mureck vom 15. Juni 1856, Nr. 1901, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Graz v. 19. Nov. 1856, Nr. 8090). G. Z. 1858, Nr. 82.

A und K klagen gegen B auf Erfüllung eines mündlichen Kaufvertrags über ein Haus. Die erste Instanz gab ihrem Begehren statt. Die zweite Instanz wies dasselbe aus folgenden Gründen ab: „Es ist zwar allerdings richtig, daß auch über grundbücherliche Realitäten mündliche Kaufs- und Verkaufverträge in giltiger Weise abgeschlossen werden können; wenn sich die Parteien aber ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet haben, so wird er nach §. 884 a. b. G. B. vor der Unterschrift der Parteien nicht für abgeschlossen gehalten. Im vorliegenden Falle führen die Kläger selbst an, daß sie mit dem Geklagten übereinkamen, daß die Kaufurkunde am Samstage nach der Kaufunterhandlung errichtet werden sollte. Diese Verabredung ist um so gewisser als die im §. 884 a. b. G. B. erwähnte Uebereinkunft anzusehen, als jedem Kaufvertrage über liegende Gründe wohl gewöhnlich mehr oder weniger bestimmte Verabredungen vorauszugehen pflegen, die nur in den seltenen vom Gesetze in den §§. 936 u. 885 a. b. G. B. angegebenen Fällen für die Parteien verbindliche Kraft besitzen, — und als die Kläger selbst angeben, daß erst nach dieser Besprechung über den Leihkauf verhandelt wurde, und daß andere Bestimmungen, z. B. wann die Schulden des Verkäufers bezahlt werden sollten, damals ganz unberührt blieben. Das Gesetz verlangt schon überhaupt zur Giltigkeit eines Vertrages im §. 869 a. b. G. B. die ernstliche, bestimmte und verständliche Einwilligung beider Theile, die Kläger führen die Thatsache gar nicht an, worin diese von Seite des angeblichen Verkäufers der bezeichneten Realität im vorliegenden Falle bestanden haben sollte, und es wäre von sehr gefährlichen Folgen, wenn es den auf Giltigkeit des behaupteten Kaufes Klagenden anheimgestellt bliebe, das Vorhandensein der wahren Einwilligung des Verkäufers selbst zu beurtheilen und nur einfach zu behaupten, der Kauf sei abgeschlossen. Dieses Gebrechen kann ein behauptetes außergerichtliches Geständniß des Verkäufers nicht beheben, um so weniger in diesem Falle, wo nicht vorliegt, auf wessen ausdrückliches Befragen das angebliche Geständniß abgelegt wurde. Da also die Einwilligung des Geklagten zum behaupteten Kaufe und Verkaufe nicht vorliegt, da ferner ein schriftlicher Vertrag verabredet, die Urkunde aber nicht zu Stande gebracht wurde, so mußte das Klagebegehren abgewiesen werden."

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Schon vor dem a. b. G. B. bestand in der Praxis der Grundsatz, daß Consensualverträge, wenn nicht ausdrücklich erklärt wurde, daß die Parteien in scriptis contrahiren wollen, und wenn dies nicht aus den Umständen erhellt, rechtswirksam sind, und im Zweifel anzunehmen sei, daß die Scriptur blos des Beweises wegen hätte hinzukommen sollen. Diese Praxis ist durch den §. 884 a. b. G. B., womit der §. 433 ebd. als Gegensatz mit dem §. 434 übereinstimmt, bestätigt worden. Wenn also bei einem mündlich abgeschlossenen Kaufvertrage über ein unbewegliches Gut die Bestimmung gemacht wurde, daß die Contrahenten weiters an einem bestimmten Tage zusammenkommen wollen, um die zur Einverleibung nöthige Kaufurkunde zu unterfertigen, so kann diese Bestimmung allein noch nicht die Anwendung des §. 884 a. b. G. B. und die Behauptung rechtfertigen, es sei nur in scriptis contrahirt worden, sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß es Zweck dieses Beisatzes ist, die zur rechtlichen, bürgerlichen Uebergabe des Gutes erforderliche Urkunde ohne weitere Verzögerung an dem bestimmten Tage zu erhalten. Bei der entgegengesetzten Auslegung einer solchen Bedingung würden die Parteien mit sich selbst in einem argen Widerspruche sein, wenn ein Theil dem andern vor dem bestimmten Zeitpunkte der Kaufbriefserrichtung eine vertragsmäßige Leistung schon gemacht hätte, wodurch in Folge der theilweisen Erfüllung des Vertrags dieser als abgeschlossen, in Folge der von einem Theile später verweigerten Unterfertigung der Urkunde der Vertrag aber als nicht abgeschlossen anzusehen wäre. Ersteres gilt auch von dem Falle eines Angeldes. Beide Theile stimmen darin überein, daß der Geklagte einen Leihkauf — der Geklagte selbst bezeichnet ihn als Angeld — nachträglich gefordert, und der Kläger ihm einen solchen gegeben habe. Die diesfällige Differenz zwischen den Streittheilen betrifft nicht das Quale des Erlages des Klägers, sondern nur das Quantum, indem Geklagter den mit 4 fl. erlegten Leihkauf nur deßhalb zurückstellte, weil er sich 8 Thaler an solchem bedungen habe. Hiebei bleibt doch immer gewiß, daß nach besprochenen Kaufbedingnissen ein Angeld gegeben und gefordert worden sei; das Angeld, der Leihkauf, ist aber ein Zeichen, ein Beweis der Abschließung eines Vertrages, somit heute eines Kaufvertrages. Es ist also an dem wirklichen Abschlusse eines Kaufvertrages über die Realität Nr. 100 in x um so weniger zu zweifeln, als Geklagter die Allegate über sein an den Kläger gemachtes außergerichtliches Geständniß nicht zu widersprechen vermochte.... Könnte aber auch der Kaufvertrag selbst als bereits geschlossen noch nicht angesehen werden, so müßte doch die fragliche Verabredung als die eines zu errichtenden schriftlichen Kaufvertrages im Sinne des §. 936 a. b. G. B. bei dem Vorhandensein der diesfälligen Bedingungen erklärt werden."

Nr. 337.

Klage auf abschriftliche Mittheilung einer Urkunde.

Entsch. vom 5. Mai 1857, Nr. 3741 (Best. des das Urtheil des L. G. Vicenza vom 16. Sept. 1856, Nr. 1549, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 8. Jänner 1857, Nr. 22436). Giorn. d. Giurispr. pr. 1857, S. 241 ff.

A hatte im Wege öffentlicher Versteigerung von der Verwaltung einer Stiftung die Pachtung ihrer Grundstücke erstanden; bevor es jedoch zur Ausfertigung des förmlichen Vertrages kam, schlug er den N an seiner statt als Pächter vor, und dieser Vorschlag wurde von der Verwaltung angenommen, welche sodann mit N einen schriftlichen Pachtvertrag errichtete. Nach einiger Zeit belangte sie jedoch den A auf Zahlung von Pachtzinsen, mit denen N im Rückstande geblieben war. Zu seiner Vertheidigung wollte sich A auf den mit letzterem abgeschlossenen Vertrag berufen, und er klagte daher die Verwaltung der Stiftung auf Herausgabe einer Abschrift desselben. Seinem Klagebegehren ward in erster Instanz stattgegeben. Es heißt in der Begründung dieses Urtheils: „Die Klage verlangt nicht die Herausgabe einer Original-Urkunde, sondern nur die Ertheilung einer Abschrift von einer solchen. Es handelt sich also nicht um eine actio ad exhibendum, sondern um eine actio de edendo. Indeß beruhen beide auf derselben juristischen Grundlage, als actiones in rem scriptae; der Kläger muß daher beweisen, daß die Urkunde, deren Herausgabe er verlangt oder von welcher er eine Abschrift fordert, sich im Besitze des Gegners befindet, und daß er ein dingliches und persönliches Recht auf die Vorlegung der Urkunde oder auf die Herausgabe der Abschrift habe. — Das erste Erforderniß gründet sich in der Natur der Leistung selbst, auf welche geklagt wird, da man eine Urkunde, die man nicht besitzt, weder herausgeben, noch eine Abschrift davon ertheilen kann. Das zweite stützt sich auf den Wortlaut des §. 844 a. b. G. B., auf die Analogie des §. 240 ital. G. O. (§. 178 a. G. O.) und auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze überhaupt.... In ersterer Hinsicht muß angenommen werden, daß sich das Document im Besitze der Stiftung befinde... Was die zweite Voraussetzung der angestellten Klage betrifft, so hat A mit Zustimmung der Verwaltung der Stiftung auf den Pacht zu Gunsten des N Verzicht geleistet, und dieser hat ihn angenommen, indem er den Vertrag mit der Stiftung einging. Die Verwaltung brachte daher zuerst den mündlich abgeschlossenen Vertrag zu Papier und contrahirte so nicht blos für sich, sondern auch für den A, über dessen Recht sie verfügte, d. h. sie führte auf diese Weise den Auftrag, den ihr A durch den Verzicht zu Gunsten des N ertheilte, aus. Gleichviel nun, ob dieser neue Contract von der Aufsichtsbehörde bewilligt wurde, ob sie ihn mißbilligte und den ursprünglichen Bestandnehmer vorzog, oder ob der Letztere zugleich mit N haftete, jedenfalls war der Pachtvertrag mit

dem Letzteren von Seite der Stiftung auch im Interesse und im Auftrage des A... abgeschlossen, und dieser hatte daher ein Recht, den Inhalt des Vertrages selbst kennen zu lernen und eine Abschrift desselben zu verlangen, gerade so wie der Machtgeber vom Bevollmächtigten den in seinem Namen abgeschlossenen Vertrag fordern kann, und überhaupt schon aus dem Grunde, weil A, nachdem er Verzicht geleistet hatte, auch erfahren mußte, ob und unter welchen Umständen dieser Verzicht angenommen sei, und weil er darüber sich einen Beweis verschaffen mußte; daran ändert es nichts, daß er nicht in Person beim Abschlusse des Vertrages sich betheiligt oder ihn unterschrieben hat, da ja der Verwalter der Stiftung auch in seinem Namen einschritt, und in diesem Vertrage über die Pachtung verfügt wurde, welche A erstanden und auf die er ausschließlich zu Gunsten des N verzichtete. Es sind demnach die beiden Voraussetzungen der angestellten Klage vorhanden, und es mußte ihr stattgegeben werden, wobei nur im Sinne des §. 844 a. b. G. B. und nach der Analogie des §. 238 ital. G. O. (§. 176 a. G. O.) die Kosten der Vertragsabschrift dem Kläger auferlegt wurden."

Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren ab, und dieses letztere Urtheil wurde auch vom obersten Gerichtshofe bestätigt, und zwar aus folgenden Gründen: „Nach den Angaben des Klägers selbst soll die Urkunde, von welcher er eine Abschrift verlangt, zwischen der geklagten Stiftungsverwaltung und dem N abgeschlossen, und nur von diesen zwei Contrahenten unterschrieben sein. Da nun seine Intervention bei dem Vertragsabschlusse und seine Unterschrift unter den Vertrag nicht nöthig war, so ist klar, daß die Urkunde über ein zwischen Dritten abgeschlossenes, ihn nicht mitberührendes Rechtsgeschäft errichtet wurde. Gleichviel nun, welche die Beziehungen zwischen dem Kläger und dem N, den er in Bezug auf den von ihm erstandenen Pacht der erwähnten Grundstücke an seine Stelle treten ließ, waren; gleichviel, welchen Antheil er an der Entstehung des mit N abgeschlossenen Bestandvertrages nahm.... kann seinem Begehren bei dem Widerspruche des Gegners deßhalb nicht stattgegeben werden, weil die wesentliche Voraussetzung, welche §. 844 a. b. G. B. fordert, nicht vorhanden ist. Ganz unzulässig ist ferner die Berufung auf §. 238 ital. G. O., welcher einen von dem vorliegenden ganz verschiedenen Fall betrifft."

Nr. 338.

Paternitäts- und Alimentationsklage. — Forderung von Alimenten pro praeterito.

Entsch. vom 5. Mai 1857, Nr. 4279 (Best. des das Urtheil des B. G. Pilgram v. 7. Febr. 1856, Nr. 335, abänd. Urtheils des O. L. G. Prag v. 31. Dec. 1856, Nr. 20026). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 504 ff.

A als Vormund des unehelichen vierjährigen C klagte gegen B auf Anerkennung der Vaterschaft und Bezahlung von Alimenten und zwar vom Tage der Geburt des C an. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt; die zweite Instanz änderte das Urtheil dahin ab, daß die geforderten Alimente erst vom Klagstage an zu zahlen seien. Die Entscheidungsgründe lauten in dieser Beziehung: „Die Alimentationsgebühr konnte nur vom Tage der Klage beginnend, dem unehelichen Kinde zugesprochen werden, weil, was die Vergangenheit betrifft, die Alimentation jedenfalls demselben entweder von der Mutter oder dem Vormunde, oder einem Dritten bereits geleistet wurde. Wenn aber Jemand die Schuld eines Andern bezahlt hat, so tritt derselbe zufolge §. 1358 a. b. G. B. in die Rechte des Gläubigers, und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Nicht also das uneheliche Kind, welches die Alimentation bereits erhalten, sondern derjenige, welcher dieselbe statt des Geklagten geleistet hat, wäre berechtigt, den Ersatz zu begehren. Nachdem aber die Alimentationsgebühr für die der Klage vorhergegangene Zeit auch zu Handen des unehelichen Kindes eingeklagt wird, müssen die Kläger mit diesem Anspruche abgewiesen werden."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz: „denn das Kind hat gegen seine Eltern nur auf die ihm mangelnde, niemals aber auf eine doppelte Verpflegung einen Anspruch. Ist dasselbe daher durch eine Zeit von jemand Anderem unterhalten worden, so kann es nicht eine nochmalige Unterhaltung von dem Vater begehren. Wohl aber kann dieser Andere die Vergütung des geleisteten Unterhaltes im Sinne des §. 1042 a. b. G. B. in Anspruch nehmen. Damit aber dieser Anspruch vom Richter berücksichtigt werden könne, ist es nothwendig, daß dieser Andere, der den Unterhalt mittlerweile geleistet hat, den Beweis über diese seine Leistung beibringe, und in der Klage ausdrücklich das Begehren um Zuspruch der Vergütung stelle. Dieses ist in der vorliegenden Klage unterlassen, mithin der diesfällige nur für das Kind gestellte Anspruch von dem Obergerichte mit Recht zurückgewiesen worden."

Nr. 339.

Pränotation auf angefallenes Erbgut. — Rechtfertigung einer solchen Pränotation.

Entsch. v. 6. Mai 1857, Nr. 4215 (Theilweise Abänd. des das Urtheil des L. G. Laibach v. 26. Mai 1856, Nr. 8701, abändernden Urtheils des O. L. G. Graz vom 23. Sept. 1856, Nr. 6366). G. Z. 1857, Nr. 124. Haimerl's Mag. Bd. XV., S. 492 ff.

A erwirkte zur Deckung einer Forderung gegen B die Pränotation des mündlichen Testaments der M auf die zu ihrem Nachlasse gehörige Halbhube, ferner die Pränotation der im Abhandlungsprotokolle enthaltenen Erbserklärung des B und die Superpränotation der ihm von B ausgestellten Schulderklärung mit der im §. 822 a. b. G. B. enthaltenen Beschränkung. A klagt nun auf Gerechtfertighaltung der Pränotation des mündlichen Testaments und der Originalerbserklärung sowie der Superpränotirung der Schulderklärung des B. Die erste Instanz erklärte die Pränotation für nicht gerechtfertigt, „weil die Rechtfertigung der Superpränotation durch die Rechtfertigung der Pränotation selbst bedingt sei, bezüglich der letzteren aber B mit Grund einwendet, daß A zu deren Erwirkung nicht berechtigt war, und aus diesem Grunde auch die Bewilligung der Pränotation nicht hätte erfolgen sollen; ungeachtet der erfolgten Bewilligung müsse doch die Nichtrechtfertigung der Pränotation ausgesprochen werden, da es noch immer wahr bleibe, daß A nicht berechtigt war, für den Geklagten die Pränotation des Testaments zu bewirken, und die Nachweisung dieses Erfordernisses auch im Justificirungsprocesse nicht geliefert wurde. Bei nichtgerechtfertiger Pränotation müsse auch die Superpränotation als nicht gerechtfertigt erkannt werden." Die zweite Instanz erkannte zwar die Superpränotation der Schuldurkunde zu Gunsten des A für gerechtfertigt, aber nicht die Pränotation des Testaments der M und der Erbserklärung des B. In den Entscheidungsgründen heißt es: „Durch die Liquidirung einer pränotirten Forderung ist auch die Pränotirung gerechtfertigt; und da die aus der erwähnten Schulderklärung hervorgehende Forderung als liquid erkannt ist, so muß auch die erwirkte Superpränotirung dieser Schuldforderung für gerechtfertigt erkannt werden, und es kann nicht darauf ankommen, daß auch die Tabularsätze, auf welche sich die Superpränotation stützt, gerechtfertigt seien, da die Rechtfertigung eines pränotirten Supersatzes keine andere Wirkung haben kann, als daß das superpränotirte bedingte Pfandrecht durch die Rechtfertigung in ein unbedingtes verwandelt wird, und der aufrechte Bestand des Supersatzes ohnehin vom Bestande des Hauptsatzes abhängig bleibt. Durch die Liquidhaltung des klägerischen Anspruchs sind aber keineswegs auch die pränotirten Rechtsansprüche des B aus dem Testamente der M und aus der Erbserklärung zu ihrem Nach-

lasse gerechtfertigt, und es mußte daher das Klagebegehren insoferne als unstatthaft zurückgewiesen werden." Die *dritte* Instanz erklärte die Pränotation des mündlichen Testaments, die Superpränotation der Erbserklärung und die Superpränotation der Schulderklärung für gerechtfertigt. Die Entscheidungsgründe lauten: „Diesen Punkt betreffend, daß nämlich nur die Superpränotation der Schulderklärung des Geklagten, nicht aber auch die Pränotation des Testaments der M und der Erbserklärung des Geklagten (vom Obergerichte) für gerechtfertigt erkannt wurde, kommt zu erinnern, daß das a. b. G. B. im §. 822 dem Gläubiger des Erben das Recht einräumt, das dem letzteren angefallene Erbrecht auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung mit Pfändung oder Vormerkung (Pränotation) zu belegen. Dies geschieht — wie schon im Patente vom 22. April 1794, Nr. 171, angedeutet ist — in der Art, daß die letztwillige Anordnung, auf welcher das Erbrecht des Schuldners beruht, und im Falle der Erbfolge aus dem Gesetze blos die Erbserklärung und sohin die das Forderungsrecht des Gläubigers begründende Urkunde in das öffentliche Buch eingetragen wird. Die bücherliche Eintragung aller dieser Urkunden bewirkt nur *eine* Pränotation. Bedingt sichergestellt (pränotirt) wird nur das Forderungsrecht des Gläubigers; die gleichzeitige Eintragung der letztwilligen Anordnung oder der Erbserklärung geschieht nur zur Ersichtlichmachung der Beziehung, in welcher der Schuldner zu dem mit dem bedingten Pfandrechte zu belastenden Gute steht. Diese ein einziges Ganze bildende Pränotation wird nach §. 453 a. b. G. B. durch die Erweisung der Forderung gerechtfertigt, welche Rechtfertigung der Gläubiger nur gegen seinen Schuldner auszuführen hat, ohne Rücksicht, ob dieser das belastete Erbgut oder sein Erbrecht überhaupt nach der erwirkten Pränotation bereits auf einen Dritten übertragen hat, dessen Rechte noch nicht im Buche erscheinen. Jedoch wird diese Sicherstellung des Forderungsrechtes des Gläubigers nach §. 822 a. b. G. B. erst von der Zeit der an den Schuldner erfolgten Einantwortung wirksam. Dieser Paragraph hat sicher mehr den Fall im Auge, daß der Gläubiger für seine Forderung Sicherstellung auf das dem Schuldner angefallene Erbgut *gegen dessen Willen* sucht; es würde aber diese dem Gläubiger eingeräumte Befugniß in den meisten Fällen illusorisch sein, wenn sie an die Bedingung geknüpft wäre, daß der Gläubiger zuerst die Pränotation des auf den Erbrechtstitel sich gründenden Eigenthumsrechtes des Schuldners erwirken, und sohin dieselbe durch Erweisung des Eigenthums-, rücksichtlich Erbrechtes des Schuldners gegen den an der Gewähr des Gutes stehenden Erblasser, oder, wenn sich der Schuldner bereits erbserklärt hat, gegen diesen selbst rechtfertigen müßte; er müßte also ein Recht, welches ihm gar nicht zukömmt, für den eigentlich Berechtigten und zugleich für sich selbst geltend machen und richtig stellen, während es, wie oben gesagt, genügt, sein Forderungsrecht mittelst Eintragung der letztwilligen Anordnung oder der Erbserklärung und der betreffenden Schuld-

urkunde zu pränotiren, welche Pränotation durch die Erweisung der Forderung gerechtfertigt, aber erst mit der erfolgten Einantwortung und der grundbücherlichen Eintragung derselben wirksam wird. Es ist also im vorliegenden Falle überflüssiger Weise die Pränotation des Erbrechtes des Geklagten und des Forderungsrechtes des Klägers von einander geschieden und abgesondert behandelt worden. Nachdem nun aber dies in dem die Pränotation bewilligenden Bescheide geschehen ist, und in Uebereinstimmung damit auch das Begehren des Klägers auf Anerkennung lautet, daß beide oder die drei Pränotationen gerechtfertigt seien; so erübrigt nur, mit der Pränotation des Forderungsrechtes des Klägers, rücksichtlich der Schuldverklärung, auch die damit in unzertrennlicher Verbindung stehende ein Ganzes bildende Pränotation des Erbrechtes des Geklagten, rücksichtlich der letzwilligen Anordnung seiner Mutter M und seiner Erbserklärung zu ihrem Nachlasse für gerechtfertigt zu erklären, welches letztere auch keinem Anstand unterliegt, da laut des grundbuchsämtlichen Certificats in dem Abtretungsvertrage Nr. 4 die fragliche Realität auf den Namen des Geklagten und von diesem erst auf C umgeschrieben wurde, durch welche erstere Umschreibung die Pränotation des Erwerbstitels des Geklagten zu der Realität sich von selbst rechtfertigt. In Rücksicht auf den erwähnten von der Verlassenschaftsbehörde ratificirten Abtretungsvertrag und die auf Grund desselben erfolgte Umschreibung der Realität erscheint es auch überflüssig, mit der als gerechtfertigt erkannten Pränotation noch ferner den Vorbehalt des §. 822 a. b. G. B. in Bezug auf die bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüche zu verbinden. Da demnach die diesfälligen gleichlautenden Entscheidungen offenbar gegen die §§. 822 und 453 a. b. G. B. verstoßen, mußte der außerordentlichen Revisionsbeschwerde des Klägers Statt gegeben, demzufolge mit Verwerfung der Revisionsbeschwerde des Geklagten beide Urtheile abgeändert, und sowohl die Pränotation als die Superpränotation gerechtfertigt erkannt werden, wobei nur noch bemerkt wird, daß die Abweisungsgründe des ersten Richters an und für sich unhaltbar sind, da die Pränotationsbewilligung rechtskräftig ist, bei der Rechtfertigung der Pränotation aber in die Frage nicht eingegangen werden kann, ob die bereits rechtskräftige Pränotation bewilligt werden konnte oder nicht."

Nr. 340.

Verspätete Antretung eines Eides.

Entsch. vom 6. Mai 1857, Nr. 4289 (Best. des den Bescheid der Prätur Bezzano vom 13. August 1855, Nr. 5677, aufhebenden Decretes des O. L. G. Innsbruck v. 4. März 1857, Nr. 750). G. Z. 1857, Nr. 102.

A wurde mittelst rechtskräftigen Urtheils in einem summarisch verhandelten Processe zum Erfüllungseide zugelassen und ihm hiezu eine

Frist von drei Tagen nach Rechtskraft des Urtheils bestimmt; bei Nichtablegung des Eides sollte die Klage als abgewiesen gelten. Das Urtheil wurde dem A am 24. Juli 1855 zugestellt; am 6. August bat er um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des Eides, welchem Ansuchen vom Gerichte stattgegeben wurde. Der Geklagte rügte in einer besonderen Eingabe die Verspätung der Eidesantretung. Die erste Instanz erhielt die zu Gunsten des Klägers erlassene Verfügung aufrecht. Die zweite Instanz hob diesen Bescheid im Recurswege auf und verordnete, das verspätete Eidesantretungsgesuch zurückstellen zu lassen, weil das Gericht derlei verspätete Eingaben von Amtswegen zurückzuweisen habe, indem aus der Nichtantretung des Eides dem Gegentheile schon Rechte erwachsen sind. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des Obergerichtes „in der Erwägung, daß die Frist zur Antretung eines Parteieneides ein Präclusivtermin ist und daß der Gegentheil die Verspätung gerügt hat.“

Nr. 341.

Behandlung des Ausgedinges bei der executiven Veräußerung der belasteten Realität.

Entsch. vom 6. Mai 1857, Nr. 4340 (Best. des Decrets des O. L. G. Wien vom 28. Jänner 1857, Nr. 1078). Haimerl's Magazin Bd. XVI, S. 337 ff.

Auf die Realität des B wurde Execution geführt. Weder in dem Schätzungsprotokolle noch in den Feilbietungsbedingnissen wird von dem auf jener Realität haftenden Auszug der C etwas erwähnt; im §. 2 der Licitationsbedingnisse heißt es nur, daß der Meistbieter die Forderungen der Gläubiger nach Maßgabe seines Meistbotes zu befriedigen oder zu übernehmen habe, und im §. 4, daß der Ersteher vom Tage der Licitation alle mit dem Besitze der Realität verbundenen Lasten zu übernehmen habe. Bei der Kaufschillingsberechnung liquidirten die C ihren secundo loco haftenden Auszug und spätere Satzgläubiger, darunter auch A, ihre Forderungen. Ueber dieses Liquidirungsprotokoll verfügte das Bezirksgericht zur Erhebung des Bedeckungscapitals für den Auszug der C die Schätzung ihres Auszugs unter Zugrundelegung der 15jährigen Preise, indem der sich hierauf im Durchschnitt ergebende Jahresertrag zu 5 Procent capitalisirt wurde. Hiernach wurde die Vertheilung des Kaufschillings vorgenommen, und dem Ersteher der Realität das Bedeckungscapital des Auszuges der C als Satzpost primo loco gegen Reichung des Auszuges in natura statt der 5procentigen Zinsen zugewiesen, und die für dieses Mal leer ausgehenden Gläubiger, darunter auch A, bis zur Erlöschung des Auszuges verwiesen, wonach dann dieses Capital zur

effectiven Vertheilung zu kommen habe. Gegen diese Vertheilung des Kaufschillings ergriff A den Recurs, wurde aber hiemit von beiden höheren Instanzen abgewiesen, und zwar vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung, „daß die Schätzung des in die Execution gezogenen Gutes den Werth ohne jede Berücksichtigung oder Abschlag des darauf haftenden nicht unbedeutenden Naturalauszuges bestimmt festsetzte;... daß in den Feilbietungsbedingnissen (in Gemäßheit des §. 328 a. G. O., der Resolution vom 31. October 1785, Nr. 489 lit. gg, Wessely I Nr. 1237, und Hofdcr. vom 15. Jänner 1787 lit. s, Nr. 621, Wessely I Nr. 1294) und im Edict der Schätzungswerth im Ganzen ausgedrückt wurde, ohne daß es nöthig war, die Summe der auf dem Gute haftenden Schulden aufzunehmen; daß ebendaselbst dem Ersteher die Berichtigung der baaren Forderung der Executionsführerin, der Steuern und der Communalrückstände, sohin aber die Erlegung oder Uebernahme der übrigen Forderungen der Hypothekargläubiger zur Bedingung gemacht wurde, worunter auch der secundo loco eingetragene Auszug, d. i. die Forderung jährlicher Naturalabgaben, im Sinne des Gesetzes (§. 1480 a. b. G. B.) gezählt werden muß, welcher, falls demselben vorgehende Tabularposten den Kaufschilling erschöpft hätten, in Verlust gegangen wäre, und nicht dem Ersteher als eine mit dem Besitze der Realität verbundene Last, worunter nur allein öffentliche Gaben, Grundservituten, Militäreinquartierungen u. dgl. verstanden sein können (§. 4 der Feilbietungsbedingnisse), überbürdet werden konnte; daß ferner der Ersteher alle obigen Forderungen nur nach Maß des Kaufschillings zu übernehmen hat, und die gerichtliche Schätzung des Naturalauszuges mit Zugrundelegung des Uebertragungsvertrags nach einem 15jährigen Durchschnitt.... vorgenommen wurde."

Nr. 342.

Ueberantwortung eines zur Zeit der Concurseröffnung anhängigen Processes an die Concursinstanz. Unterlassung der Anmeldung.

Entsch. v. 12. Mai 1857, Nr. 3709 (Best. des den Bescheid des L. G. Venedig vom 3. Nov. 1856, Nr. 19033, abänd. Decrets des O. L. G. Venedig v. 29. Dec. 1856, Nr. 23735). G. Z. 1857, Nr. 102.

Nr. 343.

Competenz des Handelsgerichts bei Streitigkeiten aus Wechsel-Escomptegeschäften der nied.-österr. Escomptegesellschaft.

Entsch. v. 12. Mai 1857, Nr. 3782 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 8. Juli 1856, Nr. 26013, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 3. Febr. 1857, Nr. 16094). G. Z. 1858, Nr. 75.

Nr. 344.

Verkauf der in Commission gegebenen Waare durch den Commissionär an sich selbst.

Entsch. vom 12. Mai 1857, Nr. 3979 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des Kr. G. Botzen v. 8. Jänner 1857, Nr. 3383, und des O. L. G. Innsbruck v. 24. Febr. 1857, Nr. 706). G. Z. 1857, Nr. 95, 96. Gaz. d. Trib. 1858, S. 320.

Nr. 345.

Haftung für Wildschaden.

Entsch. v. 12. Mai 1857, Nr. 4074 (Best. des Urtheils des B. G. Baab v. 21. April 1856, Nr. 1080, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien vom 2. Dec. 1856, Nr. 11465). G. Z. 1857, Nr. 94. Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 147 ff.

In einem Rechtsstreite gegen den Pächter einer Gemeindejagd wegen Ersatz von Wildschaden sprach der oberste Gerichtshof folgende Rechtsgrundsätze aus: „1) Der Pächter einer Gemeindejagd ist für den in dem gepachteten Jagdbezirke etwa entstehenden Wildschaden verantwortlich. Der Inhaber einer Jagd, als welcher ein Jagdpächter zweifellos auch angesehen werden muß, weil er so vom Gesetze angesehen und bezeichnet wird (§§. 313 und 1120 a. b. G. B.), wird in den älteren und neueren über die Jagdausübung erflossenen Vorschriften bezüglich der damit verbundenen Berechtigung und Verpflichtung dem Eigenthümer gleichgestellt. So heißt es in der Jagdordnung vom 28. Februr 1786 §. 1: „„Die Inhaber eines Wildbannes sind berechtigt, in ihren Jagdbezirken alle Gattungen von Wild zu hegen““ und §. 11 daselbst: „„Die Kreisämter haben zu sehen, daß die Jagdinhaber das Wild zum Nachtheil der allgemeinen Cultur nicht übermäßig hegen.““ Die im Jagdgesetze vom 7. März 1849, außer den Besitzern von Grundcomplexen

von 200 Jochen, auf den übrigen Gründstücken zur Ausübung der Jagd allein berufenen Gemeinden (§. 6) wurden durch das Gesetz vom 15. December 1852, Nr. 257 R. G. Bl., verpflichtet, diese Berechtigung durch Pächter auszuüben, und der „„Jagdinhaber (Grundeigenthümer oder Pächter)““ muß einen gelernten Jäger anstellen, oder selbst sachkundiger Aufseher sein. Endlich beginnt die erneuerte Kundmachung der jagdpolizeilichen Vorschriften in Niederösterreich vom 27. December 1852, Nr. 473 L. R. B., §. 1 mit den Worten: „„Das Jagdrecht besteht in dem Befugniß der Jagdinhaber oder der Pächter, Wild in unschädlicher Menge zu hegen.““ Der Jagdpächter als Jagdinhaber hat daher das Recht, das Wild in seinen Bezirken zu hegen, zu erlegen, gegen Diebstahl und Verfolgung Unberechtigter selbst oder durch bestellte Aufseher zu schützen, dagegen aber als natürlichen Ausfluß dieses Rechtes auch die durch das Gesetz auferlegte Verpflichtung, dessen übermäßige Vermehrung zu verhüten, und den Wildschaden, soweit dafür überhaupt der Jagdinhaber verantwortlich ist, dem Beschädigten zu ersetzen. 2) In dem mit der Ausnützung des Jagdrechtes nothwendig verbundenen Rechte des Wildhegens ist das Hegen der Hasen natürlich begründet, die Jagd aber nach der J. O. von 1786 und der angeführten Verordnung vom 27. December 1852 auf das Revier im Freien beschränkt. Eben deßhalb sind die Grundeigenthümer nach den Jagdgesetzen berechtigt, ihre Gründe und Gärten mit Planken und Zäunen zu verwahren, und die Schadhaftigkeit der Verwahrung, die Fahrlässigkeit der Grundbesitzer in Erhaltung der völligen gegen den Wildschaden genügenden Abschließung von solchen eingefriedeten Gärten kann dem Jagdinhaber, der innerhalb derselben das Jagdrecht nicht ausüben kann, nicht zum Nachtheile gereichen. Er hat allerdings den Wildschaden an Obstbäumen, Weingärten und Feldfrüchten in den der Jagd offenen Räumen zu vertreten, nicht aber, wie auch das Hofdecret vom 12. April 1821 andeutet, die natürlichen Folgen der Ausübung seines Rechtes, das Wild zu hegen, so lange er sich dessen in den Schranken des Gesetzes bedient. Eine solche Verantwortung und Haftung für den Wildschaden in den ihm zugänglichen Gartenräumen könnte daher nur Platz greifen, wenn er gegen die Anordnung des Gesetzes (§. 11 des Patentes vom Jahre 1786; §. 1 der angef. Verordn. v. 27. December 1852; §. 1305 a. b. G. B.) den Wildstand in so „„schädlicher““ und „„übermäßiger““ Weise sich vermehren, und die nöthige Abschließung so außer Acht ließe, daß selbst wohlerhaltene Einfriedungen und Abtreibungsmittel der Grundeigenthümer keinen Schutz mehr gewähren können.

Nr. 346.

Nominatio auctoris.

Entsch. vom 13. Mai 1857, Nr. 3809 (Best. des das Urtheil des Kr. G. Gitschin vom 29. Sept. 1855, Nr. 1605, abändernden Urtheils des O. L. G. Prag vom 15. Dec. 1856, Nr. 17745). G. Z. 1858, Nr. 69.

A verlangte von B und C mit der Eigenthumsklage die Rückgabe einer bestimmten Anzahl Stücke Kammertuch, welche ihnen durch seinen Buchhalter D zum Behufe der Bleiche übergeben worden seien. Die Geklagten wendeten ein, daß A diese Kammertücher dem E auf Borg verkauft habe, daß also dieser der Eigenthümer der geforderten Waare sei, und trugen ihm hierüber den Haupteid auf. Die erste Instanz erkannte auf diesen Haupteid. Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren aus folgenden Gründen ab: „Der Kläger führt in seiner Klage selbst an, daß er die 141 Stücke Kammertuch dem D in Verwahrung gegeben, und daß dieser hievon 91 Stück dem B, und 50 Stück dem C zum Bleichen übergeben habe, ohne daß er vom Kläger hiezu beauftragt gewesen wäre. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Geklagten blos Inhaber der fraglichen Kammertücher sind, und bezüglich derselben mit D in dem Rechtsverhältnisse der bestellten Arbeiter, welchen der Stoff geliefert wurde, zu dem Arbeitsbesteller stehen, zu dem Kläger aber sich in gar keinem Rechtsverhältnisse befinden. Die Geklagten sind daher auch nur schuldig, die ihnen zum Bleichen übergebenen Kammertücher an den Besteller auszufolgen, indem dieser vertragsmäßig berechtigt ist, dieselben von ihnen zurückzuverlangen. Das bloße Eigenthumsrecht auf diese Kammertücher, wenn es auch als auf Seite des Klägers vorhanden nachgewiesen würde, berechtigt denselben noch nicht, von dem Geklagten die Ausfolgung dieser Sachen zu fordern, weil der redliche Inhaber einer Sache, wenn er seinen Vormann namhaft macht, nach §. 375 a. b. G. B. gegen die Eigenthumsklage geschützt ist, und wenn mehrere auf diese Sache Anspruch machen, dieselbe nach §. 348 a. b. G. B. nur demjenigen, in dessen Namen er sie inne hat, auszufolgen verpflichtet ist, dem Kläger aber bekannt war und ist, daß D der Vormann ist, in dessen Namen B und C die Kammertücher inne haben. Der Kläger kann sich nur an D, zu welchem er im Rechtsverhältniß des Hinterlegers zu dem Verwahrer steht, halten, und da sich derselbe weder mit einer Vollmacht des D, die fraglichen Kammertücher von den Geklagten zurückzufordern, ausgewiesen, noch unter dessen Vertretungsleistung die Klage gegen dieselben angebracht hat, so mußte er mit seinem Klagebegehren abgewiesen werden." Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Die Klage des A ist nach ihrem Inhalt und dem darin gestellten Begehren eine Eigenthumsklage. Nach §. 375 a. b. G. B. kann sich aber derjenige, der eine Sache in fremdem Namen besitzt, gegen eine solche Klage dadurch schützen, daß er seinen Vormann namhaft macht. Es ist

nun im vorliegenden Falle von beiden Seiten anerkannt, daß die Geklagten gar kein Eigenthums- oder sonstiges dingliches Recht auf die vom Kläger als sein Eigenthum angesprochenen 141 Stück Kammertuch in Anspruch nehmen, sondern daß ihnen diese Waaren nur zur Bleiche übergeben worden sind. Die beiden Streittheile weichen hinsichtlich des Factums der Uebergabe nur darin von einander ab, daß die Geklagten anführen, diese Uebergabe sei durch E an sie geschehen, wogegen Kläger behauptet, daß nicht E, sondern dessen Buchhalter D ihnen die Waaren übergeben habe. Mag nun auch welcher immer der Uebergeber sein, so ist doch rechtlich gewiß, daß die Geklagten die Waaren nicht im eigenen, sondern im fremden Namen besitzen, daß sie also ihrem Uebergeber für dieselben rechtsverbindlich bleiben, und daß in dem vorliegenden Rechtsstreite, welcher nur zwischen ihnen und dem Kläger abgeführt worden ist, nicht über das zwischen dem Kläger und demjenigen, den die beiden Geklagten als ihren Vormann namhaft gemacht haben, hinsichtlich der in Frage stehenden Waaren bestehende Rechtsverhältniß abgesprochen werden kann, weil die beiden Geklagten weder berufen noch berechtigt sind, die Rechte desjenigen, in dessen Namen sie die Waaren besitzen, zu vertreten, und sich in Bezug auf diese Rechte in einen Rechtsstreit einzulassen. Es können sonach die Geklagten nicht verurtheilt werden, die in ihrer Innehabung befindlichen Waaren an den Kläger auszufolgen, weil ein solches Urtheil auch indirect den Ausspruch erhalten würde, daß deren Rückstellung an den Vormann nicht geschehen dürfe. Das das Klagebegehren abweisende Urtheil des Obergerichtes stellt sich daher als dem Gesetze und dem processualischen Sachverhalte angemessen und gegründet dar, weßhalb dasselbe bestätigt werden muß."

Nr. 347.

Competenz des Handelsgerichtes in Streitigkeiten über Subscriptionen auf das Nationalanlehen.

Entsch. vom 13. Mai 1857, Nr. 3920 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien v. 29. Dec. 1856, Nr. 62801, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 11. März 1857, Nr. 692). Haimerl's Mag. Bd. XVI, S. 64.

Nr. 348.

Klage auf Beseitigung eines in Uebereinstimmung mit dem vorschriftsmäßig genehmigten Plan geführten Baues.

Entsch. v. 13. Mai 1857, Nr. 4413 (Best. des Urtheils des L. G. Brünn v. 18. April 1856, Nr. 4406, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Brünn v. 8. Jänner 1857, Nr. 9742). G. Z. 1857, Nr. 113.

Die Besitzer des Hauses** erhöhten den rückwärtigen Theil des Hauses und stützten diesen Bau auf eine diesem und dem benachbarten Hause gemeinsame Mauer. Sie hatten nach der im §. 72 a. G. O. und dem Hofdecrete vom 5. März 1787, Nr. 641 (Wessely I Nr. 442) vorgeschriebenen Verhandlung von der politischen Behörde den Bauconsens erwirkt, und der Revisionsbefund vom 29. August 1853 bezeugte, daß der Bau im Wesentlichen dem genehmigten Bauplane gemäß ausgeführt worden sei. Der Nachbar war mit diesem Vorgange unzufrieden, und begehrte mittelst Klage, die Besitzer des Hauses ** seien schuldig, die eigenmächtige Ausdehnung der Mauer ihres zweiten Stockwerkes, welche auf der anstoßenden einen Stock hohen Mauer des Hauses** steht, zu beseitigen. Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück. Die zweite behandelte die Klage als actio negatoria, und ließ die vom Kläger angebotenen Beweise zu. Vom obersten Gerichtshof wurde jedoch das Urtheil der ersten Instanz bestätigt. Es heißt in den Motiven: „Durch die Beilagen der Einrede ist nachgewiesen, daß die Geklagten bei dem im Herbste 1852 vorgenommenen Bau die Vorschrift des §. 72 a. G. O. und des Hofdecretes vom 5. März 1787, Nr, 641, genau befolgten, und daß sie die Baulichkeiten bei ihrem Hause** in Uebereinstimmung mit den bestätigten Bauplänen und mit Beobachtung der ihnen behördlich vorgeschriebenen Bedingungen ausführten. Die vor jeder Bauführung vorgeschriebene Verhandlung hat den Zweck, den Bauführer gegen jede spätere Einsprache zu schützen, wie dies §. 340 a. b. G. B. klar ausspricht, und der Kläger kann daher einen bereits seit mehreren Jahren vollendeten Bau nicht mehr beseitigen lassen, nachdem er bei der vorausgegangenen commissionellen Verhandlung seine Einwendungen anzubringen unterließ, und kein Begehren auf Einstellung des Baues bis zur Austragung seiner vermeintlichen Rechte gestellt hat. Die Erledigung des Brünner Gemeinderathes vom 29. August 1853 enthält zwar nur die Bestätigung, daß der geführte Bau im Wesentlichen dem Bauplane und der Baubewilligung entspreche; allein, da es gerade zur Wesenheit der commissionellen Verhandlung und Entscheidung gehört, die Rechte der Nachbarn zu schützen, wie das Hofdecret vom 5. März 1787, Nr. 641, deutlich erklärt: so kann aus dem Beisatze „„im Wesentlichen““ nicht gefolgert werden, daß dabei die Rechte der Besitzer des Nachbarhauses unberücksichtigt blieben, und wenn durch jene Erledigung den Rechten der Kläger zu nahe getreten worden wäre, so hätten sie dagegen recurriren

können; indem sie dies zu thun unterließen, haben sie die Erledigung selbst als richtig und gesetzlich anerkannt. Da nun die Besitzer des Hauses** nach Vorschrift der Gesetze und mit Bewilligung der competenten Behörde den Bau führten, so erscheint das Klagebegehren, welches auf Beseitigung der Mauer, nicht aber auf Schadenersatz gerichtet ist, als ungegründet und die angebotenen Beweise über die Beschaffenheit des Baues und die Zugehörigkeit der Zwischenmauer sind unentscheidend."

Nr. 349.

Cession oder Verpfändung einer Forderung?

Entsch. vom 13. Mai 1857, Nr. 4442 (Best. des das Urtheil des L. G. Mantua v. 31. Jänner 1857, Nr. 932, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 19. März 1857, Nr. 3650). Gaz. d. Trib. 1857, S. 400 ff.

B war dem A auf Grund eines Wechsels 2946 Lire schuldig. „Zur Sicherstellung dieses Betrages und der 6% Interessen hievon" trat er dem A verschiedene ihm zustehende Forderungen ab, und ermächtigte ihn, die Schuldner hievon in Kenntniß zu setzen. A sollte, falls einige dieser Forderungen vor der Verfallszeit des Wechsels eingingen, dem B die Interessen des eingegangenen Betrages vergüten, dagegen berechtigt sein, in monatlichen Raten von 300 Lire seine Wechselforderung abzurechnen, „bezüglich deren durch die Cession, welche blos aus dem Titel der Sicherstellung erfolge, eine Novation nicht stattfinde." Als später B in Concurs gerieth, hatte A noch 1400 Lire zu fordern. Er meldete diese bei der Concursmasse an, und verlangte Anerkennung seines Rechtes, die ihm cedirten Forderungen auf Abschlag jenes Betrages unmittelbar von den Schuldnern einzufordern, und Versetzung hiemit vor alle Gläubiger. Die erste Instanz erkannte ihm jedoch nur ein Pfandrecht an den fraglichen Forderungen zu, und verwies ihn bezüglich der Priorität für den Fall, daß die Concursmasse die Forderungen einbringe, auf das künftige Classificationsurtheil. Die Entscheidung stützte sich darauf, daß die Abtretung der Forderungen nur zur Sicherstellung erfolgt, und ausdrücklich erklärt sei, daß keine Novation stattfinde, woraus folge, daß eine die Uebertragung des Eigenthums bewirkende Cession nicht vorliege (§§. 1375, 1377 und 1392 a. b. G. B.). Das Oberlandesgericht dagegen gab dem Klagebegehren im vollen Umfange statt. Es heißt in seinen, vom obersten Gerichtshof adoptirten Entscheidungsgründen: „Der Concursmassevertreter behauptet mit Rücksicht auf die gebrauchten Ausdrücke, daß nach der Absicht der Parteien die Forderungen lediglich verpfändet wurden, und daß das Eigenthum daran also noch immer der Concursmasse zustehe. Allein dieser Auslegung steht entgegen, daß die Forderungen abgetreten wurden, welcher von den Con-

trahenten gebrauchte Ausdruck wesentlich den Begriff der Veräußerung oder der Uebertragung des Eigenthums an der abgetretenen Sache einschließt. Diesem Begriff entspricht es auch, daß A ermächtigt wurde, die Cession den Schuldnern.. gehörig bekannt zu geben, was offenbar nur den Zweck haben konnte, ihnen mitzutheilen, daß in der Person des Gläubigers eine Aenderung eingetreten sei, und daß sie nur dem ihnen bekannt gegebenen neuen Gläubiger die Zahlung leisten können. Diesem Begriff entsprechen ferner die Bestimmungen über die Regelung der Abrechnung von der Schuld.... Es kann somit nicht daran gezweifelt werden, daß A das Recht hatte, die fraglichen Forderungen einzutreiben,... und es ist somit auch die Annahme einer bloßen Verpfändung ausgeschlossen, mit welcher jenes Recht sich nicht verbinden ließe, wie denn überhaupt die Verpfändung einer beweglichen Sache ohne Uebergabe derselben juristisch undenkbar ist. Aus all dem geht hervor, daß nach der Absicht der Parteien die Cession zur Sicherstellung etwas ganz anderes, als die Bestellung eines Pfandes sein sollte, daß sie eine wahre Cession pro solvendo (Cession zum Incasso) beabsichtigten."

Nr. 350.

Verweisung auf den Rechtsweg im Fall einer Collision zwischen Legataren und gesetzlichen Erben. — Zurücknahme der Ausschlagung einer Erbschaft.

Entsch. v. 13. Mai 1857, Nr. 4475 (Aufheb. der gleichlautenden Bescheide der Prätur Crema v. 12. Febr. 1857, Nr. 1170, und des O. L. G. Mailand vom 19. März 1857, Nr. 4045). Gaz. d. Trib. 1857, S. 333 ff. G. Z. 1857, Nr. 112.

M hinterließ eine ziemlich formlose letztwillige Anordnung, worin er nebst anderen Personen auch den meisten seiner gesetzlichen Erben Legate aussetzte; dem A vermachte er 3000 Lire und bezeichnete ihn als seinen Universalerben, „jedoch mit Einschränkung auf die erwähnten 3000 Lire". A erklärte nun, daß er sich nur als Legatar betrachten könne, und jedenfalls auf jedes aus der gedachten Erbeinsetzung erwachsende Recht verzichte. Nachher fand man eine spätere letztwillige Erklärung gleichen Inhalts. Da nun inzwischen die gesetzlichen Erben sich weigerten, die Giltigkeit der Legate anzuerkennen, überreichte A eine Erbserklärung auf Grund jener späteren letztwilligen Anordnung. In Folge dessen wurden die gesetzlichen Erben von den beiden unteren Instanzen angewiesen, innerhalb einer bestimmten Frist dem A und den Legataren gegenüber die Giltigkeit der letztwilligen Anordnungen anzufechten. — Der oberste Gerichtshof dagegen wies, dem außerordentlichen

Revisionsrecurse stattgebend, den A auf den Rechtsweg: „Die beiden letztwilligen Erklärungen des M... enthalten keine Erbeinsetzung im Sinne des §. 553 a. b. G. G.; sie ordnen lediglich Vermächtnisse an, und zwar auch zu Gunsten des A, der zwar Erbe genannt wird, dem aber dennoch eine bestimmte Geldsumme von 3000 Lire zugewiesen wird. A hat zu Protokoll... erklärt, daß er auf jedes aus der Erbeinsetzung abzuleitende Recht Verzicht leiste, und sich nur die Rechte eines Legatars vorbehalte, da er nach der Verfügung, welche ihm unter der Benennung eines Erben jenen Betrag zuweise, doch nur ein Legatar sei; es kann daher im vorliegenden Falle seine spätere Erklärung, mit welcher er die Erbschaft auf Grund des Testamentes antrat, gar nicht berücksichtigt werden. Unter diesen Umständen handelt es sich aber nicht um einen in den §§. 125 und 126 des Gesetzes vom 9. August 1854 vorgesehenen Conflict zwischen gesetzlichen und testamentarischen Erben; es muß vielmehr das Erbrecht der gesetzlichen Erben nicht blos als das stärkere, sondern als das allein bestehende angesehen, und es müssen Alle, welche aus was immer für einem Titel Ansprüche wider die gedachte Verlassenschaft erheben, angewiesen werden, dieselben im ordentlichen Wege Rechtens wider die gesetzlichen Erben geltend zu machen."

Nr. 351.

Zulässigkeit der executiven Sequestration von Personalgewerben.

Entsch. v. 13. Mai 1857, Nr. 4507 (Best. der gleichlautenden Entscheidungen des H. G. Wien vom 21. März 1857, Nr. 14292 und des O. L. G. Wien vom 8. April 1857, Nr. 4471). G. Z. 1857, Nr. 102.

Die erste Instanz hatte im Executionswege die Sequestration der Einkünfte des Kaffeesiedergeschäftes des Geklagten bewilligt. Die zweite Instanz wies den dagegen ergriffenen Recurs ab, weil durch die bewilligte Sequestration der Einkünfte der Recurrent nicht aus dem Betriebe seines Gewerbes gesetzt wird, daher die Sequestrationsbewilligung den politischen Vorschriften, welche die Ausübung von Personalgewerben durch hiezu behördlich nicht berechtigte dritte Personen untersagen, nicht zuwider laufen kann. Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidungen „in der Erwägung, daß §. 320 a. G. O. die vom Schuldner zu beziehenden Früchte ganz allgemein, somit auch die Einkünfte eines Gewerbes, in Execution zu ziehen gestattet, mithin auch die Sequestration derselben begehrt werden kann, die Bewilligung derselben eine Verfügung über den Gewerbsbetrieb nicht enthält, und daß gegen Uebergriffe des Sequesters und gegen Verletzung bestehender Vorschriften jedem Theile die gesetzlichen Rechtsmittel offen bleiben."

Nr. 352.

Objective Klagenhäufung.

Entsch. v. 13. Mai 1857, Nr. 4545 (Best. des den Bescheid des städt.-deleg. B. G. Graz v. 30. Dec. 1856, Nr. 7680, aufheb. Decretes des O. L. G. Graz vom 10. Febr. 1857, Nr. 1197). G. Z. 1857, Nr. 110.

Die A hatte gegen B eine Klage auf Zahlung einer aus verschiedenen Posten sich ergebenden Schuld von 257 fl. eingebracht, welche von der ersten Instanz aufrecht erledigt wurde. Auf die vom Geklagten in der Einrede vorgebrachte Einwendung der cumulatio libelli wies nach geschehener Inrotulirung der Acten die erste Instanz, ohne sich in die Entscheidung der Hauptsache einzulassen, die Klägerin zurück, und zur gesonderten Einbringung ihrer Forderungen an, „da nach §§. 4 und 40 a. G. O. in der nämlichen Klage mehrere Gegenstände einer Rechtsführung nur damals angebracht werden sollen, wenn sie unter sich einen Zusammenhang haben, d. h. wenn sie aus einem und demselben Factum entspringen, oder wenn sie sich auf eine und dieselbe Urkunde gründen; der ferner der §. 4 a. G. O. die Cumulirung ganz allgemein verbietet, und die Hofdecrete vom 31. October 1875 lit. t Nr. 489 (Wessely I, Nr. 249) und vom 27. September 1792 lit. a Nr. 53 (Wessely I, Nr. 250) verfügen, daß im Falle der Cumulation sich der Richter in die Entscheidung der Hauptsache nicht einzulassen, d. h. kein Urtheil zu schöpfen habe, gleichviel, ob er die Klage gleich Anfangs zur Sonderung der Klagepunkte zurückgibt, oder erst nach geschlossenem Verfahren und über Einwendung des Gegentheils; weil endlich die zehn Punkte des Klagebegehrens nicht aus dem zwischen der Klägerin und dem Geklagten bestandenen Freundschaftsverhältnisse resultiren, sondern jeder derselben auf einer besonderen, von der Klägerin behaupteten Thatsache beruht." Die zweite Instanz verordnete, daß die erste Instanz meritorisch zu entscheiden habe, und der oberste Gerichtshof bestätigte diesen Ausspruch, „da es sich in der vorliegenden Rechtssache um Vorschüsse, Auslagen und Zahlungen handelt, welche die Klägerin dem Geklagten bei dem unter ihnen bestandenen freundschaftlichen Verhältnisse auf Credit, und aus dem Grunde leistete, weil er ihr nach Angabe der Klage die Rückerstattung versprochen hatte; da somit die von der Klägerin gestellten Forderungen, wenn auch verschieden benannt, doch unter sich im Zusammenhange stehen, und aus dem Factum der Creditirung und aus dem Versprechen der Rückerstattung Seitens des Geklagten wie aus einem Contocorrente abgeleitet werden, folglich auch allerdings nach §. 4 a. G. O. in einer Klage angebracht werden können."

Nr. 353.

Realgerichtsstand. Vindication von Grundstücken, welche der Geklagte als Bestandtheile eines ihm gehörigen landtäflichen Gutes besitzt.

Entsch. vom 13. Mai 1857, Nr. 4572 (Aufhebung des den Bescheid des Bez. G. Amstetten v. 24. Febr. 1857, Nr. 648, aufhebenden Decretes des O. L. G. Wien vom 24. März 1857, Nr. 3979). G. Z. 1857, Nr. 97.

Die Wirthschaftsbesitzer A und K belangten den Grafen B bei dem Bezirksgerichte Amstetten als dem forum rei sitae mit der Eigenthumsklage auf Restitution einiger Grundstücke. Diese Klage wurde von dem genannten Bezirksgerichte, da sie auf Abtretung eines vom Geklagten mit dem Grundcomplexe des landtäflichen Gutes x besessenen und in demselben mitbegriffenen Flächenmaßes gerichtet, somit der rechtmäßige Besitz des fraglichen Grundflächenmaßes in der Eigenschaft als partielles landtäfliches Reale streitig ist, nach §. 49 lit. a, §. 50 lit. a und §. 53 J. N. vom 20. November 1852, Nr. 251 R. G. Bl., abweislich beschieden und vor das competente Gericht gewiesen. Die zweite Instanz hob diesen Bescheid auf und trug dem Bezirksgerichte die Erledigung der Klage auf „in der Erwägung, daß das Klagebegehren nicht auf Abtretung eines von dem Geklagten mit dem Grundcomplex des landtäflichen Gutes x besessenen und in demselben begriffenen Flächenmaßes gerichtet ist, sondern es sich vielmehr nach Inhalt der Klage um die Besitzabtretung eines durch die veränderte Richtung des Donauarmes trocken gelegten, angeblich den Klägern gehörigen und vom Geklagten in Besitz genommenen Rusticalgrundes handelt, mithin diese Klage nach §. 50 lit. a und §. 49 lit. c J. N. vom 20. November 1852 zur Competenz des Bezirksgerichtes gehört.“ Der oberste Gerichtshof hob jedoch diese obergerichtliche Entscheidung auf und verwies unter Berufung auf den §. 50 lit. a J. N. vom 20. November 1852 die Klage an das Kreisgericht zu St. Pölten „in der Erwägung, daß es sich allerdings, und zwar selbst nach Inhalt der Klage, um Grund und Boden handelt, dessen Besitz derzeit vom Geklagten in seiner Eigenschaft als Besitzer des landtäflichen Gutes x ausgeübt wird, und daß bei dem darüber erhobenen Streite zur Entscheidung der Realcompetenzfrage nur der gegenwärtige Besitzstand maßgebend sein kann.“

Nr. 354.

Verweigerung der Antwort auf die Klage.

Entsch. v. 19. Mai 1857, Nr. 4511 (Best. des das Urtheil des B. G. Joslowitz vom 31. Dec. 1855, Nr. 1503, abänd. Urtheils des O. L. G. Brünn v. 8. Jänner 1857, Nr. 9818). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 427.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die im mündlichen Verfahren zu Protokoll genommene Erklärung des Geklagten, über die vorgehaltene Klage keine Rede und Antwort geben zu wollen, hat blos zur Folge, daß die in der Klage angeführten, durch die beigeschlossenen Urkunden bescheinigten Thatsachen für wahr zu halten sind; ob sie aber auch das Klagebegehren rechtfertigen, hat das Gericht zu beurtheilen.

Nr. 355.

Pränotationsfähigkeit eines notariell beglaubigten ausländischen Handlungsbuchs-Auszuges.

Entsch. vom 19. Mai 1857, Nr. 4968 (Best. des Bescheides des Kr. G. Tarnopol vom 16. Juli 1856, Nr. 4211, Abänd. des Decrets des O. L. G. Lemberg v. 9. Febr. 1857, Nr. 20257). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 520, 521.

Nr. 356.

Anspruch des Finders gestohlener Sachen auf den Finderlohn.

Entsch. vom 19. Mai 1857, Nr. 4697 (Best. des Urtheils des städt.-deleg. B. G. Eger vom 24. Nov. 1856, Nr. 9126, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Prag v. 9. Febr. 1857, Nr. 1822). G. Z. 1857, Nr. 115.

Der B wurden von ihrer Dienstmagd Pretiosen und andere Effecten gestohlen, worüber die B die Anzeige machte. Die gestohlenen Gegenstände wurden vom städtischen Amtsdiener A und dem städtischen Polizeisoldaten K unter einer in der Einfahrt des Stadthauses stehenden Feuerspritze gefunden, wohin sie von einer Theilnehmerin am Diebstahle gebracht worden waren. Die Finder übergaben den Fund sofort der Obrigkeit, und verlangten den Finderlohn. Die erste Instanz ver-

urtheilte die B zur Zahlung desselben. Die zweite Instanz wies die Kläger ab. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Es ist unentscheidend, daß die fraglichen Gegenstände gestohlen, und von der Theilnehmerin am Diebstahle an dem Fundorte verborgen worden, indem selbe demungeachtet für die Eigenthümerin, welcher der Verbergungsort unbekannt gewesen, als verloren zu betrachten waren, und die Eigenthümerin es nur einem Zufalle zu danken hatte, daß sie wieder in den Besitz ihrer Sache versetzt werden konnte (§§. 395 und 396 a. b. G. B.). Ebenso ist es unentscheidend, daß die Kläger im Dienste der Stadtgemeinde sich befänden, weil sie diese Effecten an einem allgemein zugänglichen Orte und zufällig, nicht aus Anlaß einer ihnen aufgetragenen Amtshandlung, gefunden hatten."

Nr. 357.

Rechtliche Natur und Behandlung der Grundentlastungscapitalien bei Fideicommißgütern.

Entsch. vom 20. Mai 1857, Nr. 3068 (Best. des Bescheides des L. G. Prag vom 19. August 1856, Nr. 20131, Abänderung des Bescheides des O. L. G. Prag v. 26. Nov. 1856, Nr. 19841). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 55 ff.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die grundsätzliche Annahme, „„daß die für ein Fideicommiß ermittelten Grundentlastungscapitalien zum Ersatze für diejenigen auf den Fideicommißgütern gemachten Anschaffungen an Zugehör und fundus instructus, welche in Folge der mit Patent vom 7. September 1848 erfolgten Aufhebung der Urbarialleistungen nothwendig wurden, und einem den geänderten Zeitverhältnissen entsprechenden ordentlichen Wirthschaftsbetriebe als angemessen erkannt werden, verwendet werden dürfen,"" entspricht dem Geist und Sinn der bestehenden gesetzlichen Anordnungen. Denn die bis zum Erscheinen des Patents vom 7. September 1848 bestandenen landesverfassungsmäßigen Urbarial-, Arbeits- und anderen Leistungen bildeten einen integrirenden Bestandtheil, ein untrennbares Zugehör der Dominien. Das Gesetz, wodurch diese Leistungen aufgehoben wurden, gewährte jedoch zugleich den Dominien für diesen Verlust eine Entschädigung, und diese wurde durch die Zuweisung der Grundentlastungscapitalien zu leisten beabsichtigt. Diese Capitalien sind daher kein Zuwachs für die landtäflichen Dominicalgüter, sondern nur als ein Ersatz für die mit diesen Gütern verbunden gewesenen Naturalarbeitsbezüge, als Surrogat dieser letzteren zu betrachten. Durch die Aufhebung dieser Naturalleistungen wurde offenbar auch die Nothwendigkeit einer neuen Art der Bewirthschaftung der Domänen herbeigeführt. Die zur Bewirthschaftung

früher bestandenen Bespannungen und Geräthe reichten bei dem eingetretenen Abgange der unterthänigen Arbeitsleistungen nicht mehr hin. Es war daher die Vermehrung der Bespannung und der Geräthe und die Herstellung neuer Bauten zur Unterbringung des größeren Viehstandes und der größeren Zahl von Geräthen nothwendig. Daß nun das Gesetz insbesondere die Absicht hatte, die Domänenbesitzer durch Zuweisung der Grundentlastungscapitalien aus nationalökonomischen Rücksichten in den Stand zu setzen, den größeren fundus instructus beischaffen zu können, geht schon aus der Natur der Sache, besonders aber auch aus dem Umstande hervor, daß von Seite der Regierung mehreren Gutsbesitzern Vorschüsse auf die ihnen zukommenden Entlastungscapitalien zugesichert und gegeben worden sind. Die durch das Pat. v. 7. September 1848 unerläßlich nothwendig gewordene Vermehrung des fundus instructus ist nur ein theilweiser Naturalersatz der aufgehobenen früheren Arbeitsleistungen, und die Grundentlastungscapitalien bilden das Mittel zur Beschaffung dieses theilweisen Naturalersatzes, sowie nach dem Gesetze, nämlich nach dem Hofdecr. vom 18. Juli 1828, Nr. 2354, die Brandschadenvergütungsbeträge blos zum Wiederaufbauen der abgebrannten Gebäude bestimmt sind. Diese Eigenschaft behalten die Entlastungscapitalien auch bei den Fideicommiß-Domänen, weil bei diesen dieselben Verhältnisse wie bei Allod-Domänen eintreten, und weil kein Gesetz eine bestimmte Ausnahme hinsichtlich der Fideicommisse macht. Das kais. Patent v. 11. April 1851, Nr. 84 R. G. Bl., erklärt vielmehr im §. 62 ausdrücklich, daß bei Fideicommißgütern das Entlastungscapital als Fideicommiß-Surrogatcapital für die abgetrennten und im öffentlichen Buche abzuschreibenden Bezugsrechte des Gutes zu behandeln sei. In dieser Gesetzesstelle liegt also keineswegs die Anordnung, daß diese Capitalien unberührt liegen bleiben und als ein neues Geldfideicommiß behandelt werden sollen, sondern diese Capitalien werden als Surrogate für die abgenommenen Bezugsrechte, daher auch für die abgenommenen Naturalarbeitskräfte, somit als ein Theil des Realfideicommisses erklärt. Daraus folgt, daß diese Capitalien auch die Bestimmung haben, die verlorenen Arbeits- beziehungsweise Wirthschaftsbetriebskräfte zu ersetzen, daher auch zunächst zur Beischaffung des die verlorenen Arbeitskräfte surrogirenden fundus instructus verwendet zu werden. Der §. 634 a. b. G. B. bestimmt zwar, daß das beim Eintritte der im §. 633 ebd. bezeichneten Fälle ebenfalls bedungene Entgelt als Fideicommißcapital anzulegen sei. Allein durch das Pat. vom 7. September 1848 ist der ganz besondere, im bürgerlichen Gesetzbuche gar nicht vorausgedachte Umstand herbeigeführt worden, daß der Werth des Fideicommisses durch die wider den Willen des Fideicommißbesitzers und der Anwärter gesetzlich erfolgte Entziehung der landesverfassungsmäßigen Naturalarbeit vermindert, die Verminderung aber wieder vom Gesetze selbst durch das Entlastungs- als Surrogatcapital ersetzt wird. Die Erhaltung des Fideicommisses, d. i. die Erhaltung seines Werthes wird also wohl durch das Entlastungscapital möglich gemacht. Der bloße

Genuß der Zinsen von diesem Capitale setzt aber den Fideicommißbesitzer noch keineswegs in die Lage, das Fideicommißgut durch eine ordentliche entsprechende Bewirthschaftung so benützen zu können, wie er es vor der Entziehung der Naturalarbeitskräfte zu benützen im Stande war. Zu einer verpachtungsweisen Benützung kann er, da er nach §. 631 a. b. G. B. nicht ein bloßer Nutznießer, sondern Nutzungseigenthümer ist, nicht verhalten werden. In seiner Eigenschaft als Nutzungseigenthümer steht ihm die Benützungsart durchaus frei und er hat den rechtlichen Anspruch auf die Führung der eigenen Bewirthschaftung. Zu diesem Ende stand ihm auch die Benützung der früheren landesverfassungsmäßigen Arbeitskräfte zu. Da nun die Entlastungscapitalien als ein Surrogat dieser Arbeitskräfte gesetzlich erklärt werden, so ergibt sich auch, daß der Fideicommißbesitzer berechtigt sei, diese Capitalien zu ihrer eigentlichen Bestimmung, nämlich der Beischaffung des Natural-Surrogates der verlornen Arbeitskräfte, d. i. des durch den Abgang der letzteren nothwendig gewordenen fundus instructus zu verwenden. Es finden daher die §§. 633 und 634 a. b. G. B. auf den durch das Pat. v. 7. September 1848 herbeigeführten Fall keine und zwar selbst nicht eine analoge Anwendung. Wenn nun auch der gegenwärtige Fideicommißbesitzer den fundus instructus dem durch die Aufhebung der vorigen Arbeitsleistungen entstandenen Bewirthschaftungsbedürfnisse angemessen vermehrt hat, so hat er doch diesen Aufwand nicht zur Erhaltung oder Verbesserung des Fideicommisses gemacht, sondern er hat dadurch nur das dem Fideicommisse durch das Gesetz entzogene Zugehör auf eine andere Weise ersetzt. Es tritt daher in diesem Falle auch nicht die Anordnung des §. 641 a. b. G. B. ein, und der Fideicommißbesitzer kann nicht verhalten werden, den Ersatz des gemachten Aufwandes erst von seinem Nachfolger zu begehren, bis dahin aber die Kosten der Ergänzung der Substanz des Fideicommisses aus Eigenem zu tragen, weil er eines Theils nach §. 631 a. b. G. B. für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz nicht zu haften hat, und weil andererseits das Mittel zur Verwirklichung des Ersatzes des verlorenen Theiles der Substanz in den Grundentlastungscapitalien schon vorhanden ist, und kein Gesetz die Unverwendbarkeit dieser Capitalien zu ihrem eigentlichen nächsten Zwecke, nämlich zur Surrogirung der verlorenen Naturalarbeitskräfte ausspricht, indem selbst der §. 62 des kais. Pat. v. 11. April 1851 keineswegs erklärt, daß diese Capitalien ein besonderes Geldfideicommiß bilden sollen. Wird der bei einem Fideicommisse früher bestandene fundus instructus so vermehrt, daß mit Verwendung desselben die Bewirthschaftung ebenso wie vorher durch die Verwendung der bestandenen Naturalarbeitskräfte betrieben werden kann, so ist dieser durch das Gesetz verloren gegangene Theil der Substanz ergänzt — das Fideicommiß befindet sich rücksichtlich seines Werthes und seines Erträgnisses in dieser Hinsicht in seinem alten Stande. Die Fideicommißnachfolger erleiden daher an ihrem Nutzungseigenthum und die Fideicommißgläubiger, welchen ohnehin kein Recht auf die Substanz,

sondern nur auf die Früchte zusteht, an ihrem Pfandrechte keinen Abbruch, weil der fundus instructus ein bleibendes Zugehör des Gutes selbst, der zu dessen Beschaffung verwendete Theil des Grundentlastungscapitals aber darin enthalten ist. Eine Einvernehmung und ein Einverständniß der Tabulargläubiger ist nicht nothwendig, weil schon der §. 62 des kais. Pat. v. 11. April 1851 eine solche Einvernehmung nicht für stattfindend erklärt, dann weil die Gläubiger kein Pfandrecht auf die Substanz haben, das ihnen auf die Früchte zustehende Pfandrecht aber durch die Umänderung des Entlastungscapitals in den das frühere Gütererträgniß wieder ausgleichenden fundus instructus nicht alterirt wird, sie auch nicht fordern können, daß ihnen ein doppeltes Pfandrecht, nämlich auf das wiederhergestellte Gutserträgniß und auf die Zinsen des Enlastungscapitals gewährt werde, weil endlich auch das Gesetz in einem analogen Falle, nämlich bei Verwendung der Brandschadenvergütungsbeträge zur Wiederherstellung der zur Hypothek dienenden abgebrannten Gebäude keine Einvernehmung der Gläubiger anordnet, wo doch in diesem Falle ihre Hypothekarrechte sich auf die Substanz und nicht blos die Früchte erstrecken.— Nur wird von Seite der Fideicommißbehörde dafür zu sorgen sein, daß der blos wegen der gesetzlich erfolgten Entziehung der Naturalarbeitskräfte vermehrte fundus instructus, für welchen der durch Sachverständige zu vermittelnde Ersatz aus den Entlastungscapitalien bewilligt werden soll, mit dem Fideicommisse in dauernde Verbindung gebracht und in das Fideicommißinventar als bleibendes Zugehör einbezogen werde."

Nr. 358.

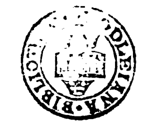
Vertragschließung mit einem seine Vollmacht offenbar überschreitenden Mandatar. — Verzugszinsen.

Entsch. vom 20. Mai 1857, Nr. 3087 (theilweise Bestät. des das Urtheil der Prätur Varese v. 29. Febr. 1856, Nr. 2123, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 7. Nov. 1856, Nr. 13052). G. Z. 1857, Nr. 107. Gaz. d. Trib. 1857, S. 465, 466.

Die Repäsentanten des Kirchengutes zu X hatten in dieser Eigenschaft, jedoch ohne die hiezu erforderliche Genehmigung der politischen Behörde, bei dem Baumeister A Arbeiten für die Kirche bestellt. A überreichte nach Vollendung der bestellten Bauten gegen jene Personen eine Klage mit dem Begehren, dieselben seien in ihrer Eigenschaft als Repräsentanten des Kirchenvermögens, oder falls hierauf nicht erkannt werden sollte, persönlich schuldig, die von ihm für die Kirche geleisteten Arbeiten im Werthe von 593 Lire 37 Cent. nach Abzug der bereits gezahlten 209 Lire 75 Cent. sammt 4% Verzugszinsen vom 30. Mai 1853 zu bezahlen. Die erste Instanz wies den Kläger aus folgenden Gründen

ab: „Die Geklagten haben, indem sie die Arbeiten eigenmächtig bestellten, allerdings gegen die bestehenden Vorschriften gehandelt, aber eben dies war auch der Fall des Baumeisters, welcher nach seinem Stande berufen war, diese Vorschriften zu kennen. Da nun die k. k. Delegation den Bauconsens laut der eingebrachten Erledigung nicht ertheilt hat, haften die Geklagten weder als Kirchenfonds-Repräsentanten für eine irregulär eingegangene Verpflichtung, noch erscheinen sie gemäß §. 866 a. b. G. B. persönlich verpflichtet, da sie keiner Täuschung beschuldigt werden können." Die zweite Instanz erkannte die Geklagten als persönlich verpflichtet, dem Kläger 446 Lire 7 Cent. unter Abzug der bezahlten 209 L. 75 C. sammt 4% Verzugszinsen vom 30. Mai 1853 zu bezahlen. Die Motivirung lautet: „Mit Rücksicht auf die nachträgliche Verweigerung des Bauconsenses Seitens der politischen Behörde sei es offenbar, daß die Geklagten willkürlich vorgegangen; sie müssen daher nach allgemeinen Grundsätzen um so mehr in Haftung bleiben, da vermuthet werden muß, daß Jeder, der bestellte Dienste leistet, auch im guten Glauben sei, der Besteller handle innerhalb der Grenzen seiner Machtvollkommenheit oder seines Mandatars. Die Geklagten gestehen zu, daß sie die politischen Verordnungen nicht gekannt haben. Diese nicht entschuldbare Unwissenheit einerseits und der gute Glaube andererseits bringen es mit sich, daß die Geklagten die von ihnen bestellte Arbeit bezahlen müssen, eine Verpflichtung, welche sie durch die geleistete Abschlagszahlung anerkannt haben. Es wurden daher aus der vorgelegten Rechnung nur jene Posten in Abzug gebracht, welche die Geklagten beanständet und in Abrede gestellt haben, und zu deren Darthuung ein Beweis vom Kläger nicht erbracht worden ist." — Der oberste Gerichtshof verurtheilte die Geklagten zur Bezahlung von 349 Lire, weniger 209 Lire 75 Cent. aus Eigenem, jedoch ohne Interessen, und zwar aus folgenden Gründen: „Die Geklagten haben zugestanden, daß sie die politischen Vorschriften nicht gekannt haben, sie haben somit ihre schuldbare Unkenntniß in Betreff der Grenzen ihrer Amtsgewalt zu vertreten und haften persönlich; aber auch der Kläger als Baumeister durfte es gemäß §. 1299 a. b. G. B. um so weniger unbeachtet lassen, daß die Besteller die Grenze ihres Mandates überschreiten, daß es im Allgemeinen Gebrauch ist, in derlei Fällen das Datum des Bauconsensens in den Vertrag oder die Rechnungsüberschläge aufzunehmen; Kläger trägt also eben auch ein Verschulden, indem er es unterließ, die Geklagten auf die Ueberschreitung ihres Mandates aufmerksam zu machen. Der §. 1304 a. b. G. B. schreibt nun vor, daß der Beschädigte, wenn er auch durch sein Verschulden den Schaden veranlaßt hat, im Verhältniß mit dem Beschädiger den Nachtheil tragen müsse. In Anbetracht dieser Umstände wurde die Rechnung des Klägers auf 349 Lire 75 Cent. gemäßigt, so daß die Geklagten nach Abzug von 209 Lire 75 Cent. noch 140 Lire zu bezahlen haben. Von Verzugszinsen kann keine Rede sein, da es sich um eine bloße Entschädigung handelt, eine Mora somit nicht eingetreten

ist, so lange die Verpflichtung zum Schadenersatze nicht anerkannt und das Quantum nicht festgestellt wurde."



Nr. 359.

Berechnung der Dauer des executiven Superarrestes.

Entsch. v. 20. Mai 1857, Nr. 4710 (Best. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Lemberg v. 26. März 1857, Nr. 8066, und des O. L. G. Lemberg v. 10. April 1857, Nr. 8161). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 59 ff.

Nr. 360.

Execution im Falle der Verurtheilung zur Uebergabe von Wechselaccepten.

Entsch. vom 20. Mai 1857, Nr. 4833 (Best. des Bescheides des L. G. Bielitz vom 17. Jänner 1857, Nr. 163, Abänderung des Bescheides des O. L. G. Brünn v. 4. März 1857, Nr. 1817). G. Z. 1857, Nr. 101.

B war rechtskräftig verurtheilt, dem A zwei demselben versprochene Wechselaccepte des C zu übergeben. A war genöthigt, die Execution anzusuchen; er begehrte den Auftrag, bei 50 fl. Strafe die Uebergabe binnen 8 Tagen zu vollziehen, widrigens die Verdoppelung der Strafe zu gewärtigen sei. Die erste Instanz wies das Executionsgesuch ab, weil die Uebergabe von Wechselaccepten dritter Personen keine Arbeit sei, welche von dem Executen durch Geldstrafen erzwungen werden könnte, daher der erste Absatz des §. 310 a. G. O. hierauf nicht anwendbar sei. Die zweite Instanz gab dem dagegen ergriffenen Recurse statt; denn der Geklagte sei zu einer Leistung verurtheilt worden, welche von einem Dritten nicht zu Stande gebracht werden könne, in solchem Falle habe der Richter gemäß §. 310 a. G. O. auf Anlangen des Klägers den Geklagten durch Geld- und Leibesstrafen zu zwingen, daß er seiner Schuldigkeit Genüge leiste. Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid des ersten Richters, „weil die Uebergabe von Wechselaccepten dritter Personen nicht einer Arbeit im Sinne der §§. 309 und 310 der a. G. O. gleichgestellt werden kann, sondern vielmehr unter die §§. 305 und 306 a. G. O. zu subsumiren ist, welche von dem Falle handeln, wenn der Geklagte schuldig erkannt würde, dem Kläger eine bestimmte bewegliche Sache zu übergeben, sonach die im §. 310 a. G. O. bezeichnete Art der Execution hier nicht stattfinden kann."

Nr. 361.

Befugniß der Vormünder, für ihre Mündel Miethverträge auf längere Dauer ohne Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde abzuschließen.

Entsch. v. 20. Mai 1857, Nr. 4894 (Best. des Urtheils des B. G. Wien vom 28. April 1857, Nr. 12114, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien vom 5. Mai 1857, Nr. 5746). G. Z. 1857, S. 66.

Der Administrator des Hauses x kündigte dem A die Wohnung auf. A legte die Aufkündigung zurück, weil B zuerst als Eigenthümer, später als Vormund des jetzigen Eigenthümers des Hauses, dem er dasselbe verkauft hatte, ihm zugesagt habe, daß er bis Michaeli 1861 um den gleichen Zins in der Wohnung bleiben könne. B wendete unter Andern ein, daß er als Vormund nicht berechtigt gewesen sei, ohne gerichtliche Genehmigung einen Miethvertrag auf die Dauer von 8 Jahren zu schließen, und auf das Aufkündigungsrecht des Mündels durch so lange Zeit zu verzichten. Die erste Instanz ging von der Aussicht aus, daß der Miethvertrag nicht unter jene Geschäfte gehöre die nach §. 233 a. b. G. B. einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Die zweite Instanz ging von der entgegengesetzten Ansicht aus, und berief sich dafür auf den §. 189 des Patentes vom 9. August 1854. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Ansicht der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Ohne bedeutende Hemmungen in dem Verkehre, ja selbst ohne für die Verwaltung des Waisenvermögens im Allgemeinen zu besorgende Nachtheile kann man nämlich in Geschäften derselben durch ihren Vormund mit dritten Personen von der unterlassenen Herbeischaffung der gerichtlichen Einwilligung die Ungiltigkeit des Geschäftes, somit die Rückwirkung des Verschuldens des Vormundes auf dritte Personen nur dann abhängig machen, wenn diesen Letzteren ebenfalls ein Verschulden, nämlich mit Rücksicht auf das aus dem §. 233 a. b. G. B. sich ergebende Erforderniß einer gerichtlichen Genehmigung die Unterlassung der Forderung, daß der Vormund sich mit einer gerichtlichen Genehmigung zu diesem Geschäfte ausweise, zur Last fällt. Mit Anwendung dessen auf den vorliegenden Fall kann aber dem A ein solches Verschulden nicht zur Last gelegt werden. Der §. 233 a. b. G. B. macht zwar Pacht-, nicht aber auch Miethverträge von der obervormundschaftlichen Genehmigung abhängig, und wenn auch die Aufzählung der Fälle, in denen eine solche Genehmigung einzuholen ist, in dem §. 233 ebd. nur eine demonstrative ist, so erscheint doch diese Auslassung der ihrer Natur nach so ähnlichen Miethverträge um so erheblicher, als gerade in jenen Punkten, worin sie sich von den Pachtverträgen unterscheiden, die erhöhte Wichtigkeit der letzteren und somit der Grund, warum sie ausdrücklich der obervormundschaftlichen Genehmigung vorbehalten wurden, anerkannt werden dürfte.

Der Abschluß von Miethverträgen gehört zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe, und wenn auch das Gesetz (§. 233 a. b. G. B.) selbst hierbei Geschäfte von größerer Wichtigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung unterzogen wissen will, so muß doch anerkannt werden, daß der Ausdruck: „„von größerer Wichtigkeit““ von Fall zu Fall mit Rücksicht auf die Verhältnisse beurtheilt werden muß. Wird nun erwogen, daß das der Verwaltung des B als Vormund anvertraute Waisenvermögen laut... gegen $1^1/_2$ Millionen beträgt, daß es sich hier um die Fortsetzung eines kurz vorher von dem Vormunde als damaligen Hauseigenthümer, daher voraussichtlich mit Wahrung der diesfälligen Interessen abgeschlossenen Miethvertrages über eine einzelne Wohnung auf 8 Jahre handelt, der nach den damaligen Verhältnissen nicht unvortheilhaft sein konnte, weil er von der Vormundschaft durch fast 4 Jahre unangefochten fortgesetzt wurde, so läßt sich wohl nicht behaupten, daß dieser Miethvertrag, rücksichtlich die Fortsetzung desselben, dem Gegentheile von solcher Wichtigkeit zu erscheinen hatte, daß er hiezu die obervormundschaftliche Genehmigung für nothwendig erachten mußte, und auf deren Herbeischaffung durch den Vormund zu dringen, gegründeten Anlaß hatte. War dieses aber nicht der Fall, so kann auch aus dieser unterlassenen Einholung der Genehmigung gegenüber dem Miether die Ungiltigkeit des Vertrages von dem Vormunde, der denselben selbst abgeschlossen hat, nicht geltend gemacht werden. Es kann endlich der §. 189 des kais. Patentes vom 9. August 1854 hier nicht bezogen werden, weil dieses Gesetz in eine dem obigen Geschäfte nachgefolgte Zeitperiode fällt, daher, wenn es auch eine Beschränkung des §. 233 a. b. G. B. enthielte, nicht zurückwirken könnte."

Nr. 362.

Rescission des Actenrotulus. Abforderung der Legitimation des Vormunds zur Proceßführung.

Entsch. v. 20. Mai 1857, Nr. 5053 (Abänd. der Bescheide des L. G. Czernowitz v. 9. Mai 1856, Nr. 2419, und des O. L. G. Lemberg vom 15. Dec. 1856, Nr. 17528). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 53, 54.

Die erste Instanz hatte in einem Proceß, in welchem es sich um die Aufhebung der Gemeinschaft einiger Güter durch öffentliche Feilbietung handelte, den Actenrotulus rescindirt, und dem Kläger freigestellt, eine neue gehörig instruirte Klage anzubringen, weil 1) die klagenden minderjährigen Erben nicht als gemeinschaftliche Eigenthümer intabulirt seien, und weil 2) die obervormundschaftliche Ermächtigung zur Klagführung mangle. Die zweite Instanz trug dem Gerichte erster Instanz auf, das Actenverzeichniß meritorisch zu erledigen, „weil der Richter in der schriftlichen Verhandlung auf die gehörige Einrichtung der Satz-

schriften keinen Einfluß zu nehmen habe, die Frage, ob das Klagerecht hinlänglich begründet sei, erst bei der Urtheilsschöpfung in Erwägung zu ziehen und die Beibringung der gerichtlichen Vollmacht des Vormunds vorderhand nicht nöthig sei, indem dieselbe, falls Kläger obsiegen sollte, bei dem Executionsgesuch um die öffentliche Veräußerung der in Rede stehenden Güter nachgetragen werden könne."

Der oberste Gerichtshof verordnete, das verfaßte Actenverzeichniß aufzulösen, zu dessen Verfassung eine neue Tagsatzung zu bestimmen, dem im Namen der minderjährigen Erben klagenden Vormund aber aufzutragen, die obervormundschaftliche Ermächtigung zur Führung dieses Rechtsstreites dem neu zu verfassenden Actenverzeichniß anzuschließen, und sonach über dasselbe zu entscheiden. Die Gründe lauten: „Der von der ersten Instanz angeführte erste Umstand ist kein haltbarer Grund zur Aufhebung der Verhandlung, weil die Frage, ob das Klagerecht dargethan sei, erst ein Gegenstand der Entscheidung in der Hauptsache ist, aber bei der Decretirung der Klage nicht in Frage kommt und die Nullität der Klage nicht begründet. Ebensowenig rechtfertigt der zweite Umstand die Aufhebung der Verhandlung und der Klage, obwohl der Vormund zur Anstellung der die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthums, mithin einen wichtigen Gegenstand betreffenden Klage nach §. 233 a. b. G. B. die obervormundschaftliche Ermächtigung braucht; denn diesem Mangel kann im Sinne des Hofdcr. v. 30. November 1789, Nr. 1081 J. G. S. (Wessely I, Nr. 261) durch die vor der Entscheidung der Streitsache abzufordernde, vom Actenrotulus anzuschließende erwähnte Ermächtigung abgeholfen werden. Es muß sonach sowohl die obergerichtliche Verfügung, daß über das schon verfaßte Actenverzeichniß ohneweiters zu entscheiden sei, als auch der erstrichterliche Beschluß in der Art abgeändert werden, daß nur jenes Actenverzeichniß aufzulösen und dem neu zu verfassenden Verzeichniß die Legitimation des Vormundes der klagenden minderjährigen Erben anzuschließen, und sofort die Entscheidung über das ergänzte Actenverzeichniß zu fällen sei."

Nr. 363.

Feilbietung des gemeinschaftlichen Hauses auf Begehren eines der Miteigenthümer.

Entsch. vom 26. Mai 1857, Nr. 3898 (Best. des Urtheils des H. G. Wien v. 2. Mai 1856, Nr. 15852, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1856, Nr. 9128). G. Z. 1857, Nr. 99. Gerichtsh. 1857, S. 169 ff., 180 ff.

Dem Begehren einiger Miteigenthümer eines Hauses, es solle dieses Haus öffentlich feilgeboten und der Erlös getheilt werden, wider-

setzten sich die übrigen Miteigenthümer, indem sie behaupteten, es sei ein Haus nicht eine untheilbare Sache im Sinne des §. 843 a. b. G. B., da es jedem Miteigenthümer ohnehin möglich sei, über seinen ideellen Antheil nach Belieben zu verfügen. Die erste Instanz gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht wies die Kläger mit ihrem Begehren ab. Der Sinn, heißt es in den Entscheidungsgründen, welchen die Kläger in den §. 843 a. b. G. B. hineinlegen, könne „in der Absicht der Gesetzgebung nicht gelegen sein, wenn man nicht annehmen wolle, daß die Vorschrift des §. 843 a. b. G. B. mit jener des §. 829 a. b. G. B. im offenbaren Widerspruche stehe, was bei genauer Zusammenhaltung der Gesetze durchaus nicht der Fall sei. Die Gesetzgebung, welche den Austritt aus der Gemeinschaft, jedoch ohne Nachtheil der übrigen Theilgenossen, allerdings begünstigen wolle, habe in den §§. 834 a. b. G. B. u. ff. die Grundsätze aufgestellt, nach welchen bei einer im rechtlichen Sinne theilbaren Sache die Theilhaber sich zu benehmen, und wie sie in einem solchen Falle ihren Austritt zu bewerkstelligen haben. Im §. 843 a. b. G. B. gehe dann der Gesetzgeber auf den Fall über, wenn es sich um eine ganz untheilbare oder wenigstens nicht ohne bedeutende Werthverringerung theilbare Sache handelt, und gebe, um auch in diesem Falle den Austritt eines Theilgenossen zu ermöglichen, das Auskunftsmittel der gerichtlichen Veräußerung der ganzen Sache an die Hand. Im vorliegenden Falle handle es sich jedoch keineswegs um eine im rechtlichen Sinne untheilbare Sache, da seit der Einführung der öffentlichen Bücher Zinshäuser, und zwar in der Art rechtlich getheilt werden, daß jeder Theilhaber nach §. 829 a. b. G. B. sich als den vollständigen Eigenthümer seines Antheils betrachten, nnd mit demselben ohne Rechtsverletzung der übrigen Theilhaber nach seinem Belieben verfügen könne. Durch die gesetzliche Anordnung, welche die in einem solchen Falle einzig möglichen intellectuellen Theile zugleich als rechtliche Vollständigkeit fingirt, werde jedem Theilhaber das Mittel geboten, nach seinem Gutdünken auch aus der physischen Gemeinschaft auszutreten, indem ihm der Weg hiezu durch Veräußerung oder sonstige Begebung seines Antheils jederzeit offen stehe. Die Behauptung, daß die Entäußerung eines einzelnen Antheils immer mit einer Werthsveränderung verbunden sein muß, sei nicht ausnahmslos richtig und erwiesen; wäre aber auch ein solcher Nachtheil wirklich vorhanden, so könne sich kein Theilhaber dadurch beschwert finden, da er seinen Antheil mit allen Vor- und Nachtheilen erworben hat, und erstere die letzteren gewiß überwiegen.... §. 843 a. b. G. B. setze im Zusammenhange mit den Grundsätzen der §§. 361, 828, 829, 830 und 841 a. b. G. B. eine Sache voraus, welche weder eine physische noch bücherliche Theilung zulasse, oder welche, wenn auch bücherlich theilbar, wegen Geringfügigkeit des ganzen Objectes oder wegen anderer besonderer Umstände nach einzelnen ideellen oder bücherlichen Antheilen offenbar nicht mit einem dem Rechtsverhältnisse entsprechenden Erfolge feilgeboten werden könne. Der letztgedachte Fall

trete hier nicht ein, denn es handle sich um ein Zinshaus, daß die Kosten einer für mehrere Theilhaber gemeinschaftlichen Verwaltung verlohne, dessen Nutzungen durch eine lange Reihe von Jahren zwischen den Miteigenthümern getheilt wurden, und wovon sich sofort eine ideelle Hälfte mit der Aussicht auf einen entsprechenden Erfolg allerdings feilbieten lasse, was den Klägern behufs ihres Austrittes aus der Gemeinschaft freistehe." Die dritte Instanz bestätigte die Entscheidung der ersten. „Der §. 829 a. b. G. B.", so heißt es in den oberstrichterlichen Motiven, „collidirt bei Anwendung auf den vorliegenden Fall keineswegs mit dem §. 843 a. b. G. B. Unter dem im letzteren Paragraph bezeichneten Antheile, mit welchem jeder Theilhaber, so weit er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt, willkürlich und unabhängig verfügen dürfe, kann eben nur der intellectuelle oder ideelle Antheil verstanden werden, und diesen kann dessen Eigenthümer allerdings verpfänden, verkaufen, oder sonst veräußern. Dadurch geht aber nur in den Personen der Theilhaber, nicht in der Sache selbst eine Veränderung vor sich. Die Sache bleibt noch immer eine mehreren Theilhabern gemeinschaftlich gehörige, ausgenommen den Fall, wo sich alle intellectuellen Antheile in Einer Person vereinigen. Den Geklagten bleibt es unbenommen, bei der Feilbietung das ganze Haus meistbietend an sich zu bringen; wogegen aber die Kläger gegen die klare Vorschrift des §. 843 a. b. G. B. nicht verhalten werden können, ihren intellectuellen Antheil mit Verzicht auf die gerichtliche Feilbietung weiter zu veräußern und auf diese Art aus der Gemeinschaft zu treten."

Nr. 364.

Einfluß der Concurseröffnung auf ein bestehendes Miethsverhältniß. — Vorausbezahlung des Miethzinses.

Entsch. vom 26. Mai 1857, Nr. 4269 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 3. Oct. 1856, Nr. 33203, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 17. Febr. 1857, Nr. 17099). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 154 ff.

Nr. 365.

Aufrechthaltung des ordnungswidrig eingeleiteten summarischen Verfahrens.

Entsch. vom 26. Mai 1857, Nr. 4473 (Aufhebung des das Urtheil der Prätur Gavirate v. 25. October 1856, Z. 4668, aufhebenden Decrets des O. L. G. Mailand v. 19. Febr. 1857, Nr. 1963). G. Z. 1857, Nr. 102. Gaz. d. Trib. 1858, S. 166.

A begehrte bei der Prätur zu Gavirate von B die Zahlung von 1149 Lire für verkaufte Waare. Auf die Klage wurde das summarische Verfahren eingeleitet. Der Geklagte erhob dagegen in der Verhandlung Einsprache; das Gericht erster Instanz fand aber dieselbe unbegründet und entschied mittelst Urtheils in merito. Die zweite Instanz hob auf den mit der Appellationsbeschwerde vereinigten Recurs des Geklagten, worin dieser um Aufhebung des summarischen und Einleitung des mündlichen Verfahrens bat, das Verfahren und Urtheil der ersten Instanz auf, und befahl nach §§. 20 und 25 ital. G. O. (§§. 19 und 29 a. G. O.) das ordentliche mündliche Verfahren einzuleiten, da die Summe des Klagebegehrens das gesetzliche Maximum überschreite. Der oberste Gerichtshof trug jedoch über Recurs des Klägers dem Obergerichte auf, die meritorische Entscheidung zu fällen, da der Gegenstand der Verhandlung einfach und deshalb „kein Grund vorhanden sei, die bloße Form des summarischen Verfahrens zu beanständen, weil ja auch das mündliche Verfahren von dem Richter geleitet, und dessen geregelter Gang von Amtswegen überwacht werde, somit dem Rechte der Partei in keiner Weise präjudicirt werden konnte."

Nr. 366.

Bücherliche Anmerkung der Streithängigkeit bei einer Klage auf Anerkennung des Miteigenthums.

Entsch. vom 26. Mai 1857, Nr. 5167 (Bestätigung des Bescheides des Kr. G. Tarnow v. 16. Sept. 1856, Nr. 7926, Abänd. des Decrets des O. L. G. Krakau vom 31. Jänner 1857, Nr. 11369). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 54, 55.

Nr. 367.

Zur Zeit der Cholera errichtetes privilegirtes Testament. Beweis, daß die Cholera am Ort der Testamentserrichtung geherrscht habe.

Entsch. vom 27. Mai 1857, Nr. 4197 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Wien v. 15. Juli 1856, Nr. 26773, und des O. L. G. Wien v. 17. Febr. 1857, Nr. 13523). G. Z. 1857, Nr. 93. Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 49 ff.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Wenn der Geklagte gegen die einfache Annahme einer Notorietät und willkürliche Vermuthungen nach dem 11. Cap. der a. G. O. sich verwahrt, und dem Kläger den Beweis, daß eine pestähnliche Seuche zur Zeit der in Frage stehenden Testamentserrichtung in Wien geherrscht habe, um so mehr auferlegt haben will, als nach der von ihm beigebrachten Kundmachung der Sanitäts-Commission (Wiener Zeitung vom 3. December 1854, Nr. 289) die Contagiosität der Krankheit in Zweifel gestellt war; so erscheint er allerdings in seinem Rechte. Allein dieser Beweis, rücksichtlich dessen der Geklagte vor Allem die wissenschaftliche Autorität voranstellt, kann mit dem nicht bestrittenen Factum, daß die Cholera zu jener Zeit in Wien epidemisch und derart ausgebrochen war, daß eine besondere Sanitäts-Commission prophylaktische Maßregeln und Filialspitäler in's Leben rief, und durch die von beiden Theilen, wenn auch im dürftigen Maße beigebrachte Kundgebung der damaligen ärztlichen Verhandlungen als hergestellt betrachtet werden, zumal der Richter, mit Bedachtnahme auf die österreichische Gesetzgebung über begünstigte Testamente (§§. 597 und 598 a. b. G. B.), welche von der vom Geklagten berufenen, weit strengeren römischen, wesentlich verschieden ist, allerdings auch auf die durch jene Thatsachen in der öffentlichen Meinung begründete Auffassung und deren im speciellen Falle nachgewiesene Wirkung sich stützen darf. In demselben Blatte der Wiener Zeitung, wo die offenbar auf Beruhigung abzielende, übrigens auch die Cholera als Epidemie bezeichnende Kundmachung der Sanitäts-Commission enthalten ist, sind Verhandlungen der Gesellschaft der Aerzte vom 24. November 1854 aufgenommen, worin der selbst damals noch vorkommenden „fulminanten Fälle" — der Erkrankung von 90 Mädchen im Civilmädchenpensionate allein — und des Umstandes Erwähnung geschieht, daß von 151 im k. k. Bezirkskrankenhause Wieden aufgenommenen Männern 57 gestorben seien. Diese Mittheilungen constatiren das Herrschen einer Seuche und deren fulminante Wirkungen, und darin und in dem nothwendigen Eindrucke dieser Thatsache auf die Gemüther, nicht in der Errichtung von Contumazanstalten (welche übrigens 1854 in anderen Staaten auch gegen die Cholera Platz fanden), und nicht in den theoretischen Erörterungen über die geheimnißvolle Natur der Krankheit konnten auch beide Ge-

richtshöfe den vom österreichischen Gesetze erwähnten pestähnlichen Charakter erkennen, welcher durch Schrecken und begründete Besorgniß vor Ansteckung — die im speciellen Falle selbst aus den Zeugenaussagen hervorleuchtet — lähmend auf dem Verkehr und der dienstfertigen Annäherung von Zeugen an von der Seuche ergriffene Person lastet, und die Begünstigung einer letztwilligen Anordnung einer solchen Person rechtfertiget. Wie schon bemerkt, ist das österreichische Gesetz nicht dem römischen über das testamentum tempore pestis conditum nachgebildet. Dieses hat eigentlich nur eine Remission in der Solennität der gleichzeitigen Zeugenzuziehung, doch keine Verminderung der Zahl gestattet, und ruht, wie verschieden auch die Auslegung des casus major und die Leseart der entscheidenden Stelle: Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociare remissum est (L. 8 C. de test. 6, 23.) bei den Rechtslehrern sein mag, auf dem Gedanken der Scheu der Zeugen, sich in Mehrzahl zu vereinigen. Es erscheint daher auch die Einwendung des Geklagten, daß es nach österreichischem Rechte kein privilegirtes mündliches Testament gebe, als unbegründet. Unser Gesetz nähert sich ganz den alten Bestimmungen, über das Militärtestament, wie solche auch in die Just. Norm vom 25. Juni 1754, §. 87 übergingen, wobei der Grundsatz vorwaltet: Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. (pr. Inst. de milit. testam. 2, 11.) und nach §. 598 a. b. G. B. die Bestätigung zweier Zeugen genügt, welche bei Gefahr einer Ansteckung, die sich offenbar auf die durch den erkrankten Erblasser nicht auf jene der Zeugen unter sich bezieht, nicht einmal beide zugleich gegenwärtig sein müssen. Wird aber angenommen, daß ein begünstigtes Testament im October 1854 zu Wien errichtet werden konnte, so verschwinden die vorgebrachten Bedenken gegen die Giltigkeit der von M, der zugestandenermaßen in der heftigsten Cholera darniederlag, am 19. October des Jahres 1854 in Gegenwart des herbeigerufenen Rechtsfreundes und des Arztes erklärten von ersterem zu Papier gebrachten, und von beiden eidlich bestätigten mündlichen letztwilligen Anordnung, wie beide Gerichtshöfe umständlich erörtert haben. Auch die in der außerordentlichen Revisionsbeschwerde des Geklagten hervorgehobenen Bedenken erscheinen nicht als begründet. Es ist unrichtig, daß dem Alleganten eines mündlichen Testamentes obliege, zu erweisen, daß der Erblasser die zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Förmlichkeiten nicht erfüllen konnte oder wollte (§. 584 a. b. G. B.). Es wurde noch nie bezweifelt, daß ein Testament, dem die Förmlichkeiten des schriftlichen abgehen, als ein mündliches aufrecht erhalten werden könne, wenn wenigstens die Bedingungen des letzteren vorhanden sind. Wo nach dem Gesetze die Errichtung eines begünstigten Testamentes gestattet ist, kann solche nicht blos darum angefochten werden, weil die Unmöglichkeit nicht dargethan wurde, ein gewöhnliches förmliches und schriftliches Testament zu Stande zu bringen und die nöthige Zahl furchtloser Zeugen aufzufinden. Daß übrigens der

Erblasser nicht schriftlich mehr testiren konnte, ist in dem gegebenen Falle wirklich nachgewiesen, da die endlich herbeigeholten weiteren Zeugen denselben schon in der Agonie trafen. Daß der Erblasser am 19. October 1854 im Gefühle der nahen Auflösung doch noch bei vollem Bewußtsein seinen letzten Willen im Sinne des §. 585 a. b. G. B. ernstlich erklären wollte, und den denselben entgegennehmenden Rechtsfreund, sowie den an seiner Seite weilenden Arzt als Zeugen wahrnehmen und ansehen mußte, geht aus dem ganzen, einfachen, durch beide Zeugen erwiesenen Vorgang hervor, und die augenblickliche Entfernung des Arztes, und zwar nur während einer ihn betreffenden, und nicht aufgenommenen Legatsanordnung, kann nach §. 598 a. b. G. B. die Wirksamkeit des Testamentes um so weniger untergraben, als beide Zeugen, was nicht einmal nothwendig, die wesentlichen Punkte und die Erbeinsetzung in gleichzeitiger Anwesenheit vernommen und übereinstimmend beschworen haben. Was endlich die Form der Nachweisung des Inhaltes des in Frage stehenden mündlichen Testamentes betrifft, muß die eidliche Zeugenabhörung als im Sinne des §. 586 a. b. G. B. und des §. 66 des Patentes vom 9. August 1854 vollständig vorgenommen angesehen werden, da die Vorlesung des über den letzten Willen bereits verfertigten Aufsatzes ausdrücklich gestattet ist, und nach dem Protokolle unter gleichzeitiger Befragung auch des Arztes geschah."

Nr. 368.

Rückwirkung der Gesetze über die Rechts- und Handlungsfähigkeit.

Entsch. vom 27. Mai 1857, Nr. 4692 (Best. des Urtheils des L. G. Mailand vom 24. Oct. 1856, Nr. 15282, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 5. März 1857, Nr. 15106). Gaz. d. Trib. 1857, S. 410 ff.

B stellte am 8. Juni 1798 eine Urkunde aus, in welcher er sich freiwillig der Verwaltung seines Vermögens und jeder Einmischung in dieselbe begab, und den X zu seinem Generalbevollmächtigten ernannte. Diese freiwillige Interdiction ward dem zuständigen Gerichte angezeigt, und von demselben in Gemäßheit der damaligen Praxis genehmigt und veröffentlicht; wie denn auch viel später noch statt des X andere Curatoren für B bestellt wurden. Im Jahre 1811, also unter der Herrschaft des französischen Rechtes, ertheilte B dem Y eine Vollmacht, auf Grund deren eine Schuld eingegangen ward, welche nunmehr gegen die Erben des B eingeklagt wurde. Der Proceß drehte sich darum, ob im Jahre 1811 B giltig jene Vollmacht ausstellen konnte. Die erste Instanz beant-

wortete diese Frage verneinend, die zweite bejahend. Die letztere bemerkt zunächst, daß die freiwillige Interdiction allerdings nach der im Jahre 1798 bestehenden Praxis, wenngleich kaum in Uebereinstimmung mit dem damals geltenden gemeinen Rechte (L. 1 pr. L. 6 D. de cur. fur. 27. 10) zulässig war, während sie nach französischem Rechte unzweifelhaft unzulässig sei. „Allerdings erklärt Art. 2 des Code civil, daß das Gesetz nicht zurückwirke; allein die gesetzlichen und vertragsmäßigen Bestimmungen, welche den Status einer Person betreffen, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit regeln, gewähren der fraglichen Person niemals ein jus quaesitum. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person... ist nur die Voraussetzung der Erlangung und des Besitzes von Rechten, da die Persönlichkeit nicht ein Recht ist, sondern nur die Möglichkeit der Erlangung subjectiver Rechte gewährt, nur das Element ist, von welchem jedes Recht durchdrungen sein muß. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen wird daher immer von den im Augenblicke bestehenden Gesetzen bestimmt; die Personenrechte stehen und fallen mit dem Gesetze, und wenn ein neues Gesetz nicht auf alle Personen ohne Unterschied anwendbar sein soll, so kann das nur durch eine in diesem Sinne ergehende besondere Anordnung bewirkt werden. Wer daher unter der Herrschaft des röm. Rechtes als Verschwender unter Curatel gestellt worden war, konnte unter der Herrschaft des französischen Gesetzes, welches sich darauf beschränkt, ihm einen gerichtlichen Beistand zu geben (Art. 513), giltig testiren, obgleich nach L. 18 pr. D. qui test. fac. poss. (28. 1): is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest. Aus demselben Grunde muß man annehmen, daß durch die Einführung des italienischen Civilgesetzbuches, welches die freiwillige Stellung unter Curatel nicht anerkannte, jede etwa aus dem Act vom 8. Juni 1798 entspringende Einschränkung der Handlungs- und Rechtsfähigkeit des B aufgehört habe."

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch die Entscheidung der ersten Instanz, und zwar „in der Erwägung, daß das italienische Civilgesetzbuch zwar die freiwillige Stellung unter Curatel nicht kennt, darum aber doch derartige Curatelsverhängungen, welche durch rechtskräftige, richterliche Verfügungen in Wirksamkeit gesetzt wurden, nicht für nichtig und unwirksam erklärt."

Nr. 369.

Legatum debiti?

Entsch. v. 27. Mai 1857, Nr. 5049 (Best. des das Urtheil der Prätur Rovigno v. 19. Febr. 1857, Nr. 755, abändernden Urtheils des O. L. G. Triest v. 23. April 1857, Nr. 1293). Eco d. Trib. 1857, S. 325, 326. G. Z. 1857, Nr. 101., 1858, Nr. 136.

Die Erblasserin hatte in ihrem Testamente unter Anderem angeordnet: „Da mein Gatte mir 400 fl. C. M. dargeliehen hat, verpflichte ich jedes meiner vier Kinder, ihm 100 fl. C. M. zurückzuzahlen." Der Todesfall trat am 4. August 1856 ein; am 5. Jänner 1857 klagte der Gatte auf Zahlung der 400 fl. C. M. Die erste Instanz wies das Klagebegehren als verfrüht mit Hinweisung auf §. 685 a. b. G. B. zurück. Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren statt. „Die Entscheidung hängt davon ab, ob es sich im vorliegenden Falle um ein legatum debiti im Sinne des §. 665 a. b. G. B. handle. Die Geklagten behaupten nun, daß die Erblasserin den Erben die Verpflichtung auferlegt habe, dem Kläger einen bestimmten Betrag zur Tilgung seiner Forderung zu bezahlen, daß dieser daher sich auf keinen anderen Titel, als den durch das Testament gebotenen stützen könne, und daß eben darin das legatum debiti bestehe. Allein das charakteristische Merkmal des legatum debiti besteht nicht darin, daß die Schuld nur überhaupt im Testament erwähnt wird, sondern darin, daß die Schuld vermacht wird, und ein Vermächtniß bezeichnet seiner Natur nach eine Begünstigung. Plus sit in legato, quam in debito. Nun verlangt aber weder der Kläger die Zahlung der 400 fl. aus dem Titel des Legates, noch hat sich die Erblasserin des Ausdruckes „„Vermächtniß"" bei Erwähnung der von ihrem Gatten ihr dargeliehenen 400 fl. bedient. Auch die Fassung des ganzen Testamentes klärt die Sache in diesem Sinne auf; denn die Erblasserin ordnete zuerst einige Legate an, die sie ausdrücklich als solche bezeichnet; dann folgte die Erbeinsetzung, dann erst die fragliche Stelle.... Da nun in dieser Anordnung der Erblasserin ein legatum debiti nicht zu erkennen ist, findet auf dieselbe auch §. 685 a. b. G. B. keine Anwendung." Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus den von dieser angegebenen Gründen.

Nr. 370.

Zugebrachtes Vermögen als Heirathsgut.

Entsch. v. 4. Juni 1857, Nr. 3733 (Best. des das Urtheil des Kr. G. Bozen v. 31. Oct. 1856, Nr. 2984, aufhebenden Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 27. Jänner 1857, Nr. 277). G. Z. 1857, Nr. 112.

Nr. 371.

Legitimation des Vormundes zur Auftragung des Haupteides im Paternitätsproceß.

Entsch. v. 4. Juni 1857, Nr. 3768 (Best. der gleichlautenden Urtheile des B. G. Bielitz vom 2. Juni 1856, Nr. 2420, und des O. L. G. Brünn v. 17. Dec. 1856, Nr. 5961). G. Z. 1857, Nr. 116.

In einem Paternitätsproceß trug der Vormund des unehelichen Kindes dem Geklagten den referiblen Haupteid über das Factum der Beiwohnung auf. Die erste Instanz erkannte auf die Ablegung des Eides. Der Geklagte appellirte und stellte die Auftragung des Haupteides als unzulässig dar, weil die Vormundschaft keine besondere Legitimation zur Auftragung des Haupteides nachgewiesen habe. Die zweite Instanz bestätigte jedoch das erstrichterliche Urtheil „in der Erwägung, daß der Vormund mittelst eines besonderen Bescheides zur Klageführung auf Erfüllung der Vaterpflichten ermächtigt worden sei, und daß darin schon die Legitimation zur Benützung des bei der Paternitätsklage fast ausschließlichen Beweismittels des Haupteides über das Factum der Beiwohnung liege, zu welcher sonst Vormünder oder Curatoren der Bewilligung von Fall zu Fall bedürfen". Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung, „weil in der Zulassung des Haupteides ohne specielle Legitimation des Deferenten seitens der Vormundschaftsinstanz in diesem Falle keine offenbare Gesetzwidrigkeit liege, da der gerichtliche Consens zur Proceßführung an sich den Gebrauch des nach der Natur des Proceßfactums fast ausschließlichen Beweismittels in sich begreife, der Proceß überdies vor demselben Gerichte abgeführt worden, welches als Vormundschaftsinstanz eingeschritten ist, auch der Abgang der Legitimation kein Grund sein könnte, das Klagebegehren abzuweisen, sondern nur die Folge hätte, daß vor Zustellung des Urtheiles dieselbe abzufordern wäre."

Nr. 372.

Verurtheilung in die Gerichtskosten wegen muthwilliger Streitführung.

Entsch. v. 4. Juni 1857, Nr. 4008 (Best. des das Urtheil des Bez. G. Bozen vom 12. Oct. 1856, Nr. 6890, abänd. Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 13. Jänner 1857, Nr. 7). G. Z. 1857, Nr. 119.

Die erste Instanz erkannte auf Grundlage eines schriftlich abgeführten Processes dem Begehren der Klage gemäß auf den Bestand der vom Geklagten in Abrede gestellten Servitut der Wasserleitung, hob aber

die Gerichtskosten der Parteien gegeneinander auf, weil das Begehren der Klage in der Replik restringirt worden und weil Geklagter in possessorio summariissimo die Entscheidung für sich gehabt habe, somit mindestens an der behaupteten Ersitzung des Servitutsrechts zu zweifeln Grund hatte. Die zweite Instanz bestätigte das Urtheil in der Hauptsache, verurtheilte aber den Sachfälligen zum Ersatze der in beiden Instanzen aufgelaufenen Gerichtskosten. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz im Kostenpunkte aus folgenden Motiven: „Das von der Klägerin angesprochene Recht auf die Wasserleitung ist durch die von ihr beigebrachten Urkunden, durch die Aussagen der von ihr namhaft gemachten Zeugen und durch den Ausspruch der Kunstverständigen so evident erwiesen, und das, was Geklagter behauptete, durch die Aussagen der von ihm selbst berufenen Zeugen so vollständig widerlegt, daß dem Geklagten eine offenbar muthwillige Streitführung zur Last fällt. Darin, daß die Klägerin in der Replik ihr Recht auf die Wasserleitung auf ihr Grundstück Nr. 4 einschränkte und mit der Besitzstörungsklage abgewiesen wurde, läßt sich ein genügender Grund zur Compensirung der Gerichtskosten im Sinne des §. 529 westg. G. O. (§. 398 a. G. O.) nicht erkennen; denn jene Beschränkung ist nur eine deutliche Erklärung ihres Klagebegehrens und dieses nach den Urkunden und nach der ganzen Verhandlung nur auf das Grundstück Nr. 4 zu beziehen; übrigens ist der Gegenstand des Processes nicht die Ausdehnung des Bewässerungsrechtes, sondern das Recht selbst, welches vom Geklagten streitig gemacht wurde. Wenn die Klägerin mit der Besitzstörungsklage abgewiesen wurde, so lag hierin noch kein erheblicher Grund für den Geklagten, sich in den nunmehrigen Streit einzulassen, da es sich dort nur um den letzten factischen Besitz handelte, und dem Geklagten doch unmöglich unbekannt sein konnte, was sich aus den Urkunden, den Zeugenaussagen und dem Kunstbefunde zu Gunsten der Klägerin und zu seinem Nachtheil ergeben hat."

Nr. 373.

Vindication eines Sparcassebuches. Beweis der mala fides.

Entsch. vom 4. Juni 1857, Nr. 4472 (Best. des Urtheils der Prätur Mailand v. 9. Dec. 1856, Nr. 55291, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 14. März 1857, Nr. 2004). G. Z. 1857, Nr. 111.

Dem A war ein auf seinen Namen lautendes Sparcassebuch über 600 Lire entwendet worden; in Folge der von ihm getroffenen Veranstaltungen ward indeß dieses Buch später an der Sparcasse, als es zum Incasso von 539 Lire präsentirt wurde, angehalten. Der Inhaber B, ein Schnittwaarenhändler, weigert sich indeß, das Buch herauszugeben, und gibt an, es habe dasselbe ein als hausirender Leinwandhändler

gekleideter Unbekannter, welcher ihm Waare abkaufte, zur Deckung des Kaufpreises von 539 Lire verpfändet. A vindicirt nun das Sparcassebuch und die erste Instanz gibt seinem Begehren statt, während die zweite Instanz im Wesentlichen zu Gunsten des B entschied. Dieselbe ging von der Ansicht aus, dem Geklagten stehe nach §§. 456 und 371 a. b. G. B. das Pfandrecht an dem Sparcassebuch, welches ein wahrer Schuldschein auf den Inhaber lautend sei, nur dann nicht zu, wenn ihm mala fides nachgewiesen sei; „diese stellt aber Geklagter in Abrede. Er will in dem ihm nach Kleidung, Haltung, Sprache und Manieren ganz als Leinwandhausirer sich darstellenden Manne, der im offenen Gewölbe bei hellem Tage die Waare aussuchte, behandelte, des andern Tages wieder kam, den Handel abschloß und sich unter dem Namen A legitimirte, nichts Verdächtiges erblickt haben, das ihn hätte bestimmen können, das Anerbieten des Unbekannten zurückzuweisen. Diese Umstände bestätigt einer der vernommenen unbedenklichen Zeugen; es wird dieses Zeugniß durch die Aufschreibung in den Handlungsbüchern des Geklagten und durch seinen Vorgang unterstützt, daß er nicht ebenfalls sich beeilte, das Sparcassebuch weiter zu verhandeln, sondern bis zum 5. Februar 1857 auf die Rückkunft des Pfandbestellers wartete, und erst dann den ihm gebührenden Betrag bei der Sparcasse begehrte. Wenn daher der Geklagte durch den Erfüllungseid den Beweis herstellt, daß die Umstände bei der Verpfändnng des Sparcassebuches derart waren, wie sie der Zeuge bestätiget hat, so ist sein guter Glaube bei Annahme des Pfandes außer Zweifel gestellt. Daß die Summe im Buche größer war als die Schuld des Käufers, daß er über den Rest nicht disponirte, brauchte den Empfänger nicht zu beirren, denn nach den Statuten der Sparcasse verblieb der Rest verzinslich dort erliegen und der Eigenthümer konnte ihn nach Belieben erheben; daß ein anderer Zeuge in dem Unbekannten einen Vagabunden zu sehen meinte, thut nichts zur Sache, denn die Identität dieser Person mit dem Käufer der Waare ist in Zweifel gestellt, übrigens kommt es im Verkehre nicht selten vor, daß die Zahlung mit derlei Büchern geleistet wird, und gebietet auch die ängstliche Vorsicht, eine nähere Erkundigung bei der Casse der Sparanstalt einzuziehen, so kann doch das Unterlassen nicht die mala fides begründen, da kein Gesetz, ja nicht einmal der Verkehr diese Vorsicht zur Pflicht machen. Hieraus folgt, daß der Kläger dem Geklagten gestatten müsse, sein Pfandrecht zu realisiren und die Summe von 539 Lire einzucassiren, wobei es nur von den begehrten Verzugszinsen sein Abkommen erhält, weil Kläger an der Verzögerung der Zahlung keine Schuld trägt."

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das Urtheil der ersten Instanz. Im Wesentlichen lautet die Begründung: „Wenngleich die Sparcassebücher Schuldscheine auf den Inhaber sind, und bezüglich der Art der Uebertragung und Benützung im Verkehre der Norm des §. 1393 des a. b. G. B. folgen, so sind sie doch Gegenstand der Vindication, da sie durch Nummern, Serien und Namen unterschieden werden können;

es kommt daher hier auf den Titel des Erwerbes an, welcher dem durch den Diebstahl nicht beirrten Eigenthumsrechte des Klägers entgegensteht, und auf die Anwendung jener Grundsätze, welche die §§. 326, 367 und 371, dann 373 a. b. G. B. über den guten Glauben und den Vorrang des Titels aufstellen. Im vorliegenden Falle ist der Umstand, daß der Pfandbesteller sich als hausirender Leinwandhändler präsentirte, nicht genügend gewesen, den Verdacht des Geklagten über die Redlichkeit des Bestellers zu entfernen; es mußte ihm auffallen, daß ein solch einfacher Mensch einen nicht unbedeutenden Einkauf mache, daß er, anstatt die im Sparcassebuch bezeichnete Summe selbst einzucassiren und sich den Vortheil der Baarzahlung zu sichern, lieber das Sparcassebuch und damit einen Betrag über dem Kaufpreise hergab, da doch anzunehmen war, daß er sein Geld disponibel haben mußte; der Pfandnehmer ist daher in der Lage gewesen, gegründete Zweifel an der Redlichkeit des Anerbietens des Pfandstellers zu hegen, deshalb muß er die Folgen seiner Leichtgläubigkeit so tragen, als wäre er bösen Glaubens gewesen, da ihm gegenüber der Eigenthümer des Buches ohne jedes Verschulden ist."

Nr. 374.

Unzulässigkeit der Beantwortung einer Bauaufforderungsklage.

Entsch. v. 4. Juni 1857, Nr. 4878 (Best. des den Bescheid des B. G. Haida v. 31. Jänner 1857, Nr. 308, abändernden Decretes des O. L. G. Prag v. 8. Febr. 1857, Nr. 3377). G. Z. 1857, Nr. 112. Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 63, 64.

Der Bauführer A stellte gegen die Bürgerschaft B eine Bauaufforderungsklage an, die nach §. 72 a. G. O. verbeschieden wurde. B brachte dagegen eine Beantwortung ein, welche um die Replik verbeschieden wurde. Die zweite Instanz hob diesen Bescheid auf und trug dem Unterrichter auf, die eingebrachte Beantwortung der Aufforderungsklage als unstatthaft zurückzustellen. Die dritte Instanz bestätigte diese Verordnung, „weil die a. G. O. zwischen dem eigentlichen Aufforderungsproceß und zwischen der Aufforderung bei einem vorzunehmenden Baue schon dadurch einen wesentlichen Unterschied macht, daß sie beide in abgesonderten Capiteln behandelt, und daß die §§. 66 und 72 a. G. O. auch verschiedene Vorschriften über den Gerichtsstand, bei welchem jede dieser beiden Aufforderungsklagen einzubringen ist, enthalten; dann weil der §. 72 a. G. O. durch das nachfolgende Hofdcr. vom 5. März 1787, Nr. 641 J. G. S. (Wessely I Nr. 442) theilweise dahin abgeändert worden ist, daß jeder Bauconsens zuerst bei der politischen Behörde angesucht, und von dieser die vorläufige Einvernehmung der Nachbarn und Anrainer gepflogen, dabei eine gütliche Ausgleichung versucht

werden, bei nicht erfolgter Ausgleichung aber die Verweisung auf den Rechtsweg erfolgen muß; weil daher nach dieser bereits gepflogenen politischen Verhandlung von dem Beweise einer geschehenen Berühmung, somit von einer Beantwortung der Aufforderung und einem Rechtsstreite über die Frage hinsichtlich der Berechtigung des Bauführers zur Aufforderungsklage gar keine Rede mehr sein kann; weil endlich auch durch den rechtskräftig gewordenen richterlichen Bescheid der aufgeforderten Bürgerschaft keineswegs alternativ die Einbringung der Beantwortung der Berühmung oder der Klage freigestellt, sondern nur aufgetragen worden ist, ihre vermeintlichen Rechte gegen den beabsichtigten Bau des Aufforderers binnen 45 Tagen auszuführen."

Nr. 375.

Unzulässigkeit der Verbindung der exceptio rei judicatae mit der Verhandlung über die Hauptsache.

Entsch. v. 4. Juni 1857, Nr. 5240 (Best. der gleichförmigen Urtheile des Kr. G. Tarnow vom 15. Mai 1856, Nr. 14959, und des O. L. G. Krakau v. 15. Dec. 1856, Nr. 10474). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 427.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die Einwendung der bereits durch Urtheil entschiedenen Streitsache ist durch den Rückerlag der Klage geltend zu machen (Hfdcr. vom 15. Jänner 1783, lit. aa Wessely I Nr. 17; §. 35 westgal. G. O.; §§. 15 und 47 prov. C. P. O.), worüber abgesondert verhandelt und entschieden werden muß. Bedient sich der Geklagte dieser Einwendung nicht in dieser Form, sondern läßt er sich zugleich in die Hauptsache ein, indem er darüber Rede und Antwort gibt, so kann auf die Einwendung, so gegründet sie auch erschiene, keine Rücksicht genommen werden, indem der Geklagte selbst durch Eingehung in die Hauptsache und durch Unterlassung des Recurses, wodurch die Einrede um die Replik verbeschieden und nicht vorläufig eine Tagsatzung über den eingewendeten Rückerlag angeordnet wurden, die rechtlichen Wirkungen dieser Einwendung beseitigte."

Nr. 376.

Staatsbeamte als Zeugen (Kunstverständige) in Processen wider den Fiscus.

Entsch. vom 4. Juni 1857, Nr. 5274 (Abänd. der gleichförmigen Entscheidungen des L. G. Salzburg v. 4. März 1857, Nr. 508, und des O. L. G. Wien vom 1. April 1857, Nr. 4080). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 134 ff. Gerichtsh. 1857, S. 251. G. Z. 1858, Nr. 94.

In einem Processe wegen Anerkennung einer Forstservitut, welcher zwischen dem Forstärar und einem Privaten geführt wurde, war ein kaiserlicher Forstbeamter als Sachverständiger von der Finanzprocuratur vorgeschlagen worden. Die beiden unteren Instanzen erklärten jedoch, daß derselbe, als in Diensten des Aerars stehend, nach §§. 217 lit. c und 263 westgal. G. O. (§. 142 lit. c und §. 191 a. G. O.) nicht als unbedenklich angesehen werden könne. In Folge des außerordentlichen Recurses der Finanzprocuratur sprach jedoch der oberste Gerichtshof aus: „Es sei der Verwerflichkeitsgrund des §. 217 lit. c eines unmittelbaren Nutzens und Schadens aus dem Processe für den vorgeschlagenen Sachverständigen oder einer Verantwortlichkeit für den Ausgang des Streites nicht vorhanden. Das aus dem Dienstverhältnisse hervorgeholte Bedenken sei aber dem Wortlaute der westgal. G. O. und dem Geiste aller Gesetze, welche die k. k. Staatsbeamten gegenüber dem allerhöchsten Dienstherrn nicht als Dienstboten erscheinen lassen, und Beamte und Diener überall unterscheiden, geradezu entgegen; auch verwehre weder der Diensteid noch die Instruction dem k. k. Beamten dort, wo er als Kunstverständiger aufgerufen und für diesen Act besonders in Pflicht genommen wird, seine unbefangenste Ueberzeugung für oder gegen das k. k. Aerar auszusprechen.“

Nr. 377.

Recht des dritten Besitzers der Hypothek, bei der executiven Feilbietung mitzubieten.

Entsch. vom 4. Juni 1857, Nr. 5405 (Best. des Bescheides der Prätur Gallerate v. 20. Febr. 1857, Nr. 1523, Abänderung des Decretes des O. L. G. Mailand vom 26. März 1857, Nr. 4188). Gazz. d. Trib. 1857, S. 406.

Bei der Feilbietung eines hypothecirten Grundes erstand denselben der dermalige Eigenthümer, welcher nicht Personalschuldner war. Gegen die Zulassung seines Angebotes durch die erste Instanz ward der Recurs ergriffen und das Oberlandesgericht erklärte in der That sein An-

gebot für unzulässig. Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch die Entscheidung der ersten Instanz „in der Erwägung, daß sowohl §. 463 a. b. G. B. als auch §. 436 ital. G. O. (§. 449 westgal. G. O., vgl. Hfdcr. vom 27. März 1793, Nr. 95 J. G. S. Wessely I. Nr. 1254) den Schuldner von dem Mitbieten offenbar nur deshalb ausschließen, weil, wenn er das Gut ersteht, die ganze Sachlage dieselbe bleibt, wie vor der Feilbietung; daß jedoch im vorliegenden Falle der Ersteher nicht Personalschuldner ist, sondern nur... als Besitzer der Pfandsache verurtheilt wurde, sich die Feilbietung derselben gefallen zu lassen, wenn er es nicht vorzieht, zu zahlen; daß die vorerwähnte Anordnung mit Rücksicht auf ihren Zweck auf den dritten Besitzer nicht paßt, da der Besitzer eines über seinen Werth hinaus mit ihm fremden Schulden belasteten Gutes allerdings ein Interesse haben kann, es frei von Lasten wieder zu erstehen."

Nr. 378.

Recht auf Verzugszinsen gegen die Concursmasse.

Entsch. v. 9. Juni 1857, Nr. 5224 (Best. des das Urtheil des Kr. G. St. Pölten v. 15. Dec. 1856, Nr. 2059, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien vom 8. April 1857, Nr. 3036). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 251.

Nr. 379.

Vorläufige Verweisung eines Wasserbau-Streites an die politischen Behörden.

Entsch. v. 9. Juni 1857, Nr. 5760 (Aufhebung des Decretes des O. L. G. Brünn v. 13. Jänner 1857, Nr. 8757). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 249, 250.

In der Streitsache des A wider B wegen Herstellung einer Mühlgrabenschleuse hob der oberste Gerichtshof im Einvernehmen mit dem k. k. Ministerium des Innern die gepflogene Verhandlung auf und verordnete, dem A seine Klage zurückzustellen und ihn hiermit an die politische Behörde zu weisen. „Denn es handelt sich im gegebenen Falle um die Wiederherstellung eines früher bestandenen Wasserwerks, welche Angelegenheit nach den bestehenden Directiven und den Bestimmungen der Mühlordnung vom 2. December 1814 zunächst und in erster Linie vor die politische Behörde gehört, welche mit Rücksicht auf die obwaltenden

öffentlichen Interessen zu entscheiden, und insoferne Rechte und Interessen privatrechtlicher Natur berührt werden, diese ohnehin auf den Rechtsweg zu weisen hat. Da nun zur Zeit der eingebrachten Klage eine politische Verhandlung noch nicht stattgefunden hatte, so mußte mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 48 Jur. Norm die ganze Verhandlung aufgehoben, und der Kläger an die politische Behörde gewiesen werden."

Nr. 380.

Außerhalb der Börse geschlossenes Lieferungsgeschäft. — Bereiterklärung des Käufers in der Klage zur Bezahlung des Kaufpreises.

Entsch. v. 10. Juni 1857, Nr. 4196 (Best. des Urtheils des H. G. Wien v. 24. Nov. 1856, Nr. 56643, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 3. März 1857, Nr. 16996). G. Z. 1857, Nr. 80.

Der Kläger A behauptete, am 14. und 15. Jänner mit dem Geklagten, B, außer der Börse ein Geschäft auf Lieferung von 25 Stück Creditactien am 15. Juli zum Börsencurse 218 geschlossen zu haben, und bat um Verurtheilung des B zur Uebergabe von 25 Stück Creditactien gegen Erlag der am Uebergabstage hierauf eingezahlten Beträge sammt darauf haftenden 5% Zinsen und 18 fl. Agio per Stück. Der Geklagte behauptete, das Geschäft sei kein ernstliches Lieferungsgeschäft, sondern ein bloßes als Wette kein Klagrecht erzeugendes Differenzgeschäft gewesen; wäre es aber auch ein wahres Lieferungsgeschäft, so wäre das Recht des Klägers nach §. 14 der Börs. Ordg. vom 11. Juli 1854 erloschen, da er nicht am 15. Juli unter Anerbietung und sofortiger Leistung des Kaufpreises die Uebergabe der Actien gefordert habe. Die erste Instanz erkannte auf den in der Klage aufgetragenen referiblen Haupteid über den Abschluß des Geschäftes auf Lieferung der gedachten Creditactien aus folgenden Gründen: „Durch die Börs. Ordg. vom 11. Juli 1854 sind Lieferungsgeschäfte in Credits- und Industriepapieren als gesetzlich zulässig erklärt, und werden darunter jene verstanden, wo die Uebergabe der verkauften Papiere einem künftigen Termine vorbehalten wird. Mit Rücksicht hierauf erscheint auch das hier klagbar gemachte Lieferungsgeschäft als vollkommen giltig, da in demselben sowohl das Kaufobject, als auch der Preis und der Uebergabstermin genau festgesetzt sind; der Geklagte mußte daher für den Fall, als Kläger den Abschluß des Geschäftes durch den dem Geklagten aufgetragenen Haupteid, welcher vollkommen relevant erscheint, zu erweisen vermag, auch zur Erfüllung desselben verhalten werden. Die Einwendung, daß die ganze

Angelegenheit ein bloßer Scherz war, verdient keine Beachtung, weil keine solchen, den Geschäftsabschluß begleitenden Umstände angeführt wurden, welche die Sache als Scherz erscheinen ließen. Ebensowenig kann die Einwendung berücksichtigt werden, daß ein Differenzgeschäft, eine bloße Wette zu Grunde gelegen sei, weil man unter dem Ausdrucke „liefern" dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nach die wirkliche Uebergabe des verkauften Gegenstandes versteht, und es an der Natur der Sache nichts ändert, wenn sich die Parteien bei der Ordnung des Lieferungsgeschäftes mit der Bezahlung der Preisdifferenz begnügen. Von keinem Belange ist endlich die Einwendung des Geklagten, daß er an die Erfüllung des Uebereinkommens nicht gebunden sei, weil diese am 15. Juli 1856 nicht gefordert worden; denn wenn die Börs. Ordg. den auf der Börse unter Vermittlung eines Sensalen abgeschlossenen Lieferungsgeschäften die Begünstigung einräumt, daß jener Theil, welcher den Vertrag zu erfüllen bereit ist, davon abgehen kann, insofern der andere seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so muß für alle übrigen, nicht auf der Börse und ohne Vermittlung von Sensalen abgeschlossenen Lieferungsgeschäfte der §. 919 a. b. G. B. als die Regel Anwendung finden, und ist dem Geklagten nicht gestattet, einseitig vom Vertrage abzugehen."

Die zweite Instanz wies den Kläger aus nachstehenden Erwägungen ab: „Da in den der Klage zu Grunde gelegenen mündlichen Verträgen auf Lieferung von 25 Stück Creditactien zum Curse von 218 keine ausdrückliche Verabredung darüber getroffen wurde, daß und welcher Theil mit der Erfüllung des Vertrages den Anfang machen soll, der §. 1062 a. b. G. B. aber jeden Theil nur unter der Voraussetzung zur Erfüllung seiner Verpflichtung verbindet, daß auch der andere die seinige erfüllt habe, so konnte der Geklagte als Verkäufer gemäß §§. 1052 und 1062 a. b. G. B. zur Uebergabe der verkauften Sache nur dann verhalten werden, wenn auch der Käufer seine Verbindlichkeit, welche in der Zahlung des Kaufpreises besteht, schon erfüllt, oder wenigstens seine Bereitwilligkeit hiezu ausgewiesen hätte. Die bloße Bereiterklärung in der Verhandlung kann aber hier um so weniger genügen, als der Kläger bei dem Widerspruche des Gegners nicht einmal erwiesen hat, daß er die nöthigen Mittel zur Bezahlung des Kaufpreises besitze, und daher die Absicht haben könne, seinerseits den Vertrag zu erfüllen. Wenn auch der §. 1062 a. b. G. B. dem Verkäufer nicht das Recht einräumt, nach Ablauf des bedungenen Termines von dem Vertrage ganz abzugehen, und die im §. 14 der Börs. Ordg. vom 11. Juli 1854 hinsichtlich gewisser Börsengeschäfte enthaltene Begünstigung als eine Ausnahme von der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung des §. 919 a. b. G. B. erscheint, welche auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden darf, so kann doch auch dem Geklagten nicht zugemuthet werden, daß er die verkauften Papiere entweder über die bedungene Zeit hinaus in Bereitschaft halte, oder sich entschließe, durch eine mit Kosten verbundene Beischaffung unter Deponirung derselben seiner Verbindlichkeit sich zu entledigen, wenn ihm nicht

eine gleiche Sicherheit hinsichtlich der vom Gegner übernommenen Verpflichtung zu Theil wurde. Es steht ihm nach §§. 1052 u. 1062 a. b. G. B. das Recht zu, die Uebergabe der verkauften Sache zu verweigern, nachdem der Kläger weder die Bezahlung des Kaufpreises, noch seine Bereitwilligkeit hiezu thatsächlich durch Deponirung oder anderweitige Sicherstellung des Kaufpreises ausgewiesen hat."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit Berufung auf die erstrichterlichen Gründe aus folgender Erwägung: „Den §§. 1052 und 1062 a. b. G. B. gemäß hat sich der Kläger als Käufer bereit erklärt, den Vertrag gegen Uebernahme der Creditactien auch seinerseits zu erfüllen, und der Geklagte ist zur Lieferung der Actien auch nur gegen diese Erfüllung verurtheilt worden. Ob nun der Kläger die nöthigen Zahlungsmittel zur Bezahlung des Kaufpreises besitze, oder sich irgendwo diese Mittel auf rechtliche Art verschaffen werde oder nicht, hat das Gericht nicht weiter zu beurtheilen, noch weniger aber darauf zu dringen, daß Kläger seine Bereitwilligkeit thatsächlich durch Deponirung oder anderweitige Sicherstellung des Kaufpreises auszuweisen habe, weil dies im Gesetze nicht vorgeschrieben ist; der Geklagte ist für jeden Fall gesichert, weil er blos verpflichtet wird, die Creditactien an den Kläger gegen Erlag des Kaufpreises abzuliefern."

Nr. 381.

Umfang der Vollmacht des Commis eines Spediteurs. — Umfang der Verbindlichkeit des Spediteurs.

Entsch. v. 10. Juni 1857, Nr. 5378 (Best. des das Urtheil des B. G. Hernals vom 31. Dec. 1856, Nr. 18400, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 1. April 1857, Nr. 6261). G. Z. 1858, Nr. 83.

Nr. 382.

Einstellung des Verfahrens von Amtswegen wegen offenbarer Incompetenz.

Entsch. v. 10. Juni 1857, Nr. 5652 (Aufhebung der gleichförmigen Bescheide des B. G. Nachod vom 16. Dec. 1856, Nr. 10387, und des O. L. G. Prag v. 11. März 1857, Nr. 2903). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 519, 520.

A hatte die Pränotirung eines von B ausgestellten eigenen Wechsels auf dem Grundstück des B erwirkt, und brachte hierauf bei demselben

Bezirksgericht, als Realinstanz, die Klage auf Pränotationsrechtfertigung und Bezahlung der Wechselschuld ein. Die Klage wurde vom Bezirksgericht angenommen und eine Tagsatzung nach §. 29 a. G. O. angeordnet, welche zu wiederholten Malen erstreckt wurde. Die neuerdings erstreckte Tagsatzung wurde jedoch vom Bezirksgericht mit dem Bemerken behoben, daß die Klage bei dem competenten Gerichte anzubringen sei. Die zweite Instanz bestätigte diese Verordnung, „weil nach §. 60 der Jur. Norm Wechselklagen nur bei dem Handelsgericht oder dem zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmten Gerichtshof erster Instanz eingebracht werden können, die vorliegende Klage auf die Ausstellung eines eigenen Wechsels gegründet wird, und die Eigenschaft einer Wechselklage nicht verliert, wenn auch darin und in dem Wechsel angeführt wird, daß die Valuta für denselben in einem Kaufschilling für Grundstücke bestand, indem die Ausstellung des Wechsels eine Novation der ursprünglichen Verbindlichkeit in sich begreift, und wenngleich mit dem Begehren auf Zahlung auch jenes auf Rechtfertigung der mit dem Wechsel erwirkten Pränotation verbunden wird. Das Bezirksgericht sei daher zur Annahme dieser Klage offenbar incompetent, und die Klage nach §. 1 Jur. N. von Amtswegen zurückzuweisen verpflichtet, wenn es seine offenbare Unzuständigkeit wahrnehme."

Der oberste Gerichtshof hob beide untergerichtliche Entscheidungen auf und trug dem Bezirksgericht auf, das Verfahren fortzusetzen, weil im Sinne des §. 48 Jur. N. der Richter, sobald derselbe einmal eine Klage zu Gericht angenommen hat, die weitere Verhandlung über dieselbe von Amtswegen wegen des ungehörigen Gerichtsstandes nur dann an einen andern Richter zu verweisen berechtigt ist, wenn es sich um die Verhandlung über die Ungiltigkeit oder Trennung der Ehe, oder über einen zur Militärgerichtsbarkeit, oder endlich über einen gar nicht zum Rechtsverfahren, sondern vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Gegenstand handelt, hier aber keiner von diesen Fällen obwaltet."

Nr. 383.

Verjährung des Rechts, dem dienenden Grundstück ein anderes zu substituiren.

Entsch. v. 16. Juni 1857, Nr. 4762 (Best. des das Urtheil der Prätur Marostica vom 21. Juni 1856, Nr. 3964, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 17. Dec. 1856, Nr. 21015). G. Z. 1857, Nr. 113.

A verkaufte am 4. März 1821 dem B ein Grundstück und räumte dem Käufer das Recht ein, den beim Hause des A vorbeiführenden Fahrweg x zu benützen, jedoch nur so lange, bis der Fahrweg y auf dem Grundstücke hergestellt sein werde, welches A von C gekauft und dem D

in Pacht gegeben habe. B benützte nun den Fahrweg x. Im Jahre 1854 belangte A den B, und bat unter Anweisung eines andern Fahrwegs um das Erkenntniß, B sei nicht mehr berechtigt, den Fahrweg x zu benützen. A berief sich theils auf die Ersitzung des Fahrwegs x, theils darauf, daß der in der Klage angewiesene Fahrweg nicht der Fahrweg y sei und daß er sich überdies zum Befahren nicht eigne. Die erste Instanz erkannte auf den Beweis der Identität und Fahrbarkeit des in der Klage angewiesenen Fahrwegs. Die zweite Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren ab; der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urtheil in der Erwägung, „daß der streitige Fahrweg dem Geklagten nicht als Precarium, sondern mittelst Vertrages in der Art überlassen worden ist, daß dadurch eine Servitut constituirt wurde; auf immer — an sich, auf eine Zeit — in Betreff der materiellen Benützung und des Terrains selbst, welches benützt werden sollte; daß aber das Recht, ein anderes Terrain zu substituiren, welches Kläger sich vorbehält, gleich jedem anderen Rechte gemäß §. 1479 a. b. G. B. verjährbar ist."

Nr. 384.

Entschädigungspflicht im Fall der Nichterfüllung eines Miethvertrages durch den Vermiether.

Entsch. v. 16. Juni 1857, Nr. 5492 (Best. des das Urtheil des städt.-deleg. B. G. Linz vom 16. Dec. 1856, Nr. 12230, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 24. März 1857, Nr. 1088). G. Z. 1857, Nr. 119.

Der Kläger A hatte, wie er durch den seinem Gegner B aufgetragenen Hauptеid zu erweisen sich erbietet, in dem Hause dieses Letzteren eine Wohnung gemiethet, welche derselbe jedoch vertragsbrüchig an eine andere Miethpartei überließ. Er sah sich demnach genöthigt, eine anderweitige Wohnung zu miethen, auf deren Adaptirung er 31 fl. 16 kr. verwenden mußte, und begehrte sowohl den Ersatz dieses Betrages, als auch die Zahlung von 30 fl. als Genugthuung für die durch den eigenmächtigen Vertragsbruch ihm zugefügte Beleidigung. Die erste Instanz wies den Kläger gänzlich ab; die zweite Instanz erkannte bezüglich des Schadenersatzes von 31 fl. 16 kr. auf den von dem Kläger aufgetragenen Haupteid und auf den Schätzungseid, und wies den Kläger mit seinem weitern Anspruch per 30 fl. ab. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: „Wenn in Folge der Nichtablegung des vom Beklagten ausdrücklich angenommenen negativen Haupteides, als wahr anzunehmen ist, daß der Geklagte dem Kläger die im 2. Stock seines Hauses mit Annahme der Darangabe für Jacobi 1856 vermiethete Wohnung nicht eingeräumt, sondern vertragsbrüchig mit einem Dritten

einen Miethvertrag geschlossen und vollzogen, und somit dem Kläger unmöglich gemacht hat, auf Erfüllung des ersten Vertrages zu dringen, so ist nach den §§. 908, 919, 1293, 1323 a. b. G. B. der Anspruch des Klägers auf Ersatz des durch Verletzung der Vertragsrechte erlittenen Schadens begründet. Damit ist das Quale der Forderung, deren Maß dem Schätzungswerthe gleichkommt, gegeben, und da hierüber der Schätzungseid angeboten und auferlegt ist, so kann es auf einen speciellen Nachweis der für die Adaptirung einer andern Wohnung gemachten Auslagen nicht weiter ankommen. Die Nothwendigkeit, eine andere Wohnung zu suchen, nachdem Kläger sich bereits durch Zusage des Geklagten gesichert glaubte, ist schon ein Nachtheil, welchen Kläger in einer Geldsumme verwerthen kann, und wenn ihm hiebei jene Kosten zum Anhaltspunkte dienen, so darf der Richter, insbesondere mit Rücksicht auf die Höhe des ursprünglich mit dem Geklagten vereinbarten Miethzinses, den angesetzten Betrag ohne weitere Mäßigung als entsprechend erkennen."

Nr. 385.

Objective Klagenhäufung.

Entsch. v. 16. Juni 1857, Nr. 5797 (Best. des den Bescheid des L. G. Lemberg vom 8. Dec. 1856, Nr. 22920, abänd. Decrets des O. L. G. Lemberg v. 21. Jänner 1857, Nr. 22123). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 248, 249.

A faßte in einer Klage gegen B mehrere Ansprüche aus einem Pachtvertrage zusammen. B ließ sich in den Streit ein. Nachdem die Satzschriften bis zur Duplik erstattet und die Proceßacten nach fünf Jahren inrotulirt worden waren, rescindirte die erste Instanz den Actenrotulus und wies den Kläger an, die cumulirten Klagansprüche gesondert einzubringen. Die zweite Instanz verordnete, den Urtheilsspruch in merito zu fällen und der oberste Gerichtshof bestätigte diesen Bescheid, „da der.... Streit gehörig durchgeführt, die Vermengung verschiedener Klagegegenstände von dem Geklagten nicht gerügt wurde und um so weniger ein Grund vorhanden ist, von Amtswegen die ganze Verhandlung aufzuheben, und den Kläger rücksichtlich seiner Forderungen an besondere Klagen zu verweisen, als alle vom Kläger gestellten Forderungen auf dem nämlichen Grunde beruhen. Denn derselbe hat die Brennerei in Pacht genommen, und aus dieser Pachtung, theils wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrags, theils wegen des ihm aus diesem Anlaß widerrechtlich zugefügten Schadens verschiedene Schadenersätze angesprochen. Diese abgesondert einzuklagen, wäre ordnungswidrig, da alle Forderungen in einem Zusammenhang stehen, den nämlichen Klagsgrund

haben, und so über die ganze Verhandlung mit Gründlichkeit gesprochen werden kann."

Nr. 386.

Verzicht des Vermiethers auf das Kündigungsrecht.

Entsch. v. 16. Juni 1857, Nr. 5919 (Best. des Urtheils des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 15. Mai 1857, Nr. 6085, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 28. Mai 1857, Nr. 6740). G. Z. 1857, Nr. 117.

A legte die von B gegen ihn ergangene gerichtliche Aufkündigung zurück und berief sich darauf, daß ihm B mit seinem Ehrenworte versichert habe, er werde ihm nicht aufkündigen. Die erste Instanz gab der Klage auf Rückerlag nicht statt; die zweite Instanz hielt dieselbe für statthaft, weil die gedachte Zusicherung, wenn sie ernstlich geschehen ist, allerdings giltig und wirksam sei; denn der §. 1090 a. b. G. B. fordere zwar zum Bestandvertrage eine gewisse, aber keine genau bestimmte Zeit, daher sie auch auf die immerhin unbestimmte Lebenszeit eines Menschen sich ausdehnen könne; der §. 1094 ebd. erkläre nur Sache und Preis, nicht aber auch die Zeit als wesentliche Merkmale des Bestandvertrages, und der §. 1116 setze sogar eine unbestimmte Dauer des Miethvertrages voraus. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil, theils in Erwägung, daß die gedachte Zusicherung in dem vorliegenden Fall nicht als ernstlich geschehen zu betrachten ist, theils in Erwägung, „daß nach §. 1090 a. b. G. B. der Bestandvertrag allerdings auf eine gewisse Zeit geschlossen werden muß, welche durch die vom Gesetze (in den §§. 1113 und 1116 a. b. G. B.) geregelten, an bestimmte Zeiten gebundenen Kündigungsrechte begrenzt ist, wobei der Ausdruck „„gewisse Zeit"" als ganz gleichbedeutend mit bestimmter Zeit zu verstehen ist, wie §. 903 ebd. („„gewisser oder bestimmter Tag"") zu entnehmen gibt."

Nr. 387.

Zulässigkeit eines selbstständigen Recurses im summarischen Verfahren wegen Incompetenz des Richters. — Begründung des Gerichtsstandes des Vertrages in der Klage.

Plenarentsch. vom 17. Juni 1857, Nr. 3133 (Best. des Bescheides des L. G. Lemberg v. 29. August 1856, Nr. 11909, Abänd. des Decretes des O. L. G. Lemberg v. 12. Jänner 1857, Nr. 21869). G. Z. 1857, Nr. 91.

Eine Klage auf Erfüllung eines mündlich geschlossenen Vertrages (Zahlung des Kaufgeldes) wurde von dem Gläubiger nicht bei dem Ge-

richte des ordentlichen Wohnsitzes des Schuldners, sondern bei jenem des Ortes angebracht, an welchem nach der in der Klagschrift aufgestellten Behauptung die Contractserfüllung, beziehentlich die Zahlung des Kaufpreises, vermöge ausdrücklicher Bestimmung der Contrahenten zu geschehen hatte. Dieser Umstand ergab sich aus dem Inhalte des vom Kläger im Auszuge beigelegten Contocorrente, dessen Richtigkeit er mit seinem Erfüllungseide zu beschwören sich erbot. Die Klage wurde von dem Richter angenommen, und mit Rücksicht auf den 200 fl. CM. nicht übersteigenden Betrag der Klagsumme zur Verhandlung nach der Vorschrift des Gesetzes vom 24. October 1845 über das summarische Verfahren in Civilstreitigkeiten beschieden. — Ueber den Recurs des Beklagten entschied das Oberlandesgericht, daß die Klage dem Kläger sofort zurückzustellen, und derselbe an das Gericht des Wohnsitzes seines Schuldners zu verweisen sei. Gegen die Verordnung ergriff der Kläger den Recurs an den obersten Gerichtshof, welcher den Bescheid der ersten Instanz bestätigte.

Es handelte sich hier um folgende Rechtsfragen: 1. ob die Vorschrift des §. 46 des Ges. über das summ. Verf., gemäß welcher gegen den das summarische Verfahren einleitenden Beschluß des Unterrichters ein selbstständiger, von der Appellation in der Hauptsache abgesonderter Recurs nicht zulässig ist, auch auf den Fall Anwendung habe, wo die geklagte Partei den Klagsbescheid nicht wegen der Einleitung des summarischen Verfahrens, sondern wegen der Incompetenz des Richters anfechten will? 2. Ob in Gemäßheit der geltenden Jurisdictionsnorm vom Jahre 1852 zur Annahme der Contractsklage, welche bei dem Richter des angeblichen Ortes der Vertragserfüllung angebracht wird, dem Richter die in der Klage aufgestellte unerwiesene Behauptung (sofern sie ihm nicht als unrichtig bekannt ist, §. 2 der Jur. N.), daß dieser Ort im Vertrage ausdrücklich für die Erfüllung desselben bestimmt worden sei, genügen müsse?

Die Frage ad 1 entschied der oberste Gerichtshof im verneinenden Sinne, und zwar in der Erwägung, daß die Beschlüsse, gegen welche der §. 46 des Gesetzes über das summarische Verfahren den abgesonderten Recurs versagt (Einleitung des summarischen anstatt des ordentlichen Verfahrens — Verweigerung der Erstreckung einer Tagfahrt — Zulassung eines Kunstbefundes), für die Parteien entweder gar keine, oder nur solche nachtheilige Folgen haben, die auch durch den mit der Berufung in der Hauptsache verbundenen Recurs vollständig beseitiget werden können, was aber mit nichten von dem Beschlusse gilt, womit der unzuständige Richter sich für competent erkärt und so den Geklagten zu einer oft sehr kostspieligen Vertheidigung vor einem von seinem Wohnsitze entfernten Forum nöthiget — daß mithin auf diesen Fall die Vorschrift des das ordentliche Recursrecht einschränkenden §. 46 nicht zu beziehen ist.

Die Frage ad 2 wurde vom obersten Gerichtshofe bejahend entschieden, mit Rücksicht auf die Fassung des §. 43 der gegenwärtig geltenden

Jurisdictionsnorm vom Jahre 1852, wornach das im §. 45 J. N. vom Jahre 1850 für die Begründung des Gerichtsstandes des Vertrages aufgestellte Erforderniß (Nachweisung des forum contractus durch eine mit der Klagschrift beigebrachte Urkunde) entfallen sei, und auf die Vorschrift des §. 2 J. N. vom Jahre 1852, welche den Richter zur Annahme der Klage verpflichtet, wenn seine Gerichtsbarkeit nach den Angaben des Klägers, deren Unrichtigkeit ihm nicht bekannt ist, begründet erscheint, unbeschadet der dem Geklagten zustehenden Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes.

Nr. 388.

Verkauf einer bereits veräußerten Sache an einen späteren hievon unterrichteten Käufer.

Entsch. vom 17. Juni 1857, Nr. 4824 (Best. des Urtheils des B. G. Mistelbach v. 29. Sept. 1856, Nr. 4074, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien v. 4. Dec. 1856, Nr. 14150). G. Z. 1857, Nr. 121.

A klagte am 2. Juni 1856 wider B auf Grundlage eines am 3. Februar 1856 zwischen B einerseits und A und seinem Sohne andererseits über das Bauer-Halblehen x abgeschlossenen Kaufvertrags auf Ertheilung der Auffandungserklärung. B wendete unter Anderem ein, daß er an diesem Halblehen seiner Ehefrau, der Tochter des A, in dem von diesem mitgefertigten Heirathsvertrag vom 20. November 1849 das Miteigenthum eingeräumt habe, daher A habe wissen müssen, daß das fragliche Kaufgeschäft nur durch die Zustimmung der Gattin des Geklagten seine Giltigkeit hätte erlangen können. Der Kläger räumte zwar die Mitfertigung des Heirathsvertrages ein, machte jedoch geltend, daß zur Zeit der Abschließung des fraglichen Kaufcontractes eine bücherliche Einverleibung des Heirathsvertrages, die erst am 7. August 1856 angesucht wurde, noch nicht angesucht worden sei, und daß deshalb der giltigen Contrahirung des Kaufgeschäftes nichts im Wege gestanden sei. Der oberste Gerichtshof wies den Kläger ab, weil er „eingestandenermaßen gewußt habe, daß auf das Miteigenthum des Halblehens die Gattin des Geklagten vertragsmäßig Anspruch habe, weswegen er, da der Geklagte nicht mehr Rechte auf ihn übertragen konnte, als er selbst hatte, auch wissen mußte, daß der fragliche Kauf ohne Beeinträchtigung der Rechte seiner Tochter (Gattin des Geklagten) giltig nicht habe zu Stande kommen können“.

Nr. 389.

Rückwirkung des Verbots der Zinsenanschwellung ultra alterum tantum.

Plenarentsch. v. 17. Juni 1857, Nr. 4854 (Abänd. der gleichförmigen Urtheile des Com. G. Debreczin v. 12. Juni 1856, Nr. 1919, und des O. L. G. Großwardein vom 10. September 1856, Nr. 6846). G. Z. 1857, Nr. 82.

Aus einem im Jahre 1855 in Ungarn anhängig gewordenen Rechtsstreit wegen Zahlung einer Capitalsforderung und der Zinsen ergab sich, daß am 1. Mai 1853, an welchem Tag in Ungarn das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Wirksamkeit getreten ist, die Zinsrückstände bereits die Höhe der Hauptschuld erreicht hatten. Nun entstand die Frage, ob in diesem Falle die dem ungarischen Rechte fremde Vorschrift des §. 1335 a. b. G. B., nach welcher das Recht des Gläubigers, von dem Capitale weitere Zinsen zu fordern, insoferne erloschen ist, als er erst vom Tage der erhobenen Klage wieder Zinsen verlangen kann, Anwendung finde. — Von beiden Untergerichten wurde die Frage im verneinenden Sinne entschieden, und der geklagte Schuldner zur Zahlung aller Zinsen von der Zeit an, als er mit der Erfüllung seiner Zinsenschuld im Rückstande geblieben war, mithin auch der in der Zeit vom 1. Mai 1853 bis zum Tage der Klage (14. Jänner 1855) fällig gewordenen, verurtheilt. Auf das Revisionsbegehren des Geklagten wurde vom obersten Gerichtshofe das Gegentheil, nämlich die volle Anwendbarkeit des §. 1335 a. b. G. B. auf den vorliegenden Fall grundsätzlich ausgesprochen, und demnach der Kläger mit seiner Zinsenforderung, insoferne sie den Zeitraum vom 1. Mai 1853 bis zum Tage der angestellten Klage umfaßt, abgewiesen.

Nr. 390.

Verpflichtung der Ehegattin, über die für ihren Gatten geführten Geschäfte Rechnung zu legen.

Entsch. v. 17. Juni 1857, Nr. 5243 (Best. des das Urtheil der Prätur Mirano v. 28. Oct. 1856, Nr. 4472, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 10. Febr. 1857, Nr. 610). G. Z. 1857, Nr. 131.

Eine Ehegattin hatte durch sechs Jahre das Geschäft ihres durch Krankheit verhinderten Mannes geführt und es ward nun von ihr Rechnungslegung verlangt. Die erste Instanz wies das darauf gerichtete Begehren zurück, indem sie sich darauf stützte, daß der §. 91 a. b. G. B. dem Manne das Recht zuweist, das Hauswesen zu leiten; dieses Recht

habe er stillschweigend an seine in ehelicher Gemeinschaft mit ihm lebende Frau abgetreten, indem er, selbst durch Krankheit gehindert, wußte, daß sie seine Geschäfte leite und dieser Leitung nicht widersprach; der §. 1239 a. b. G. B. befreie den Ehegatten, der doch gesetzlich zur Verwaltung berufen ist, von der Rechnungslegung; um wie viel mehr müsse dies von der Gattin gelten, die anstatt die Leitung der Geschäfte einem Dritten anzuvertrauen, welcher dafür hätte bezahlt werden müssen, jahrelang mit Aufopferung diesen Geschäften vorstand; der §. 1240 a. b. G. B. begehre ein ausdrückliches Uebereinkommen auf Rechnungslegung, setze somit das Gegentheil als Regel voraus, und dies entspreche auch der Intimität, welche in der Ehe herrschen müsse. Die beiden oberen Instanzen entschieden aber gleichmäßig für den entgegengesetzten Grundsatz. „Obschon", so lauten die Entscheidungsgründe der zweiten Instanz, „nach §. 1240 a. b. G. B. die Ehegattin nicht schuldig ist, den Fruchtgenuß, den sie ihrem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verrechnen, kann dieselbe von der Rechnungslegung außer dem Falle einer ausdrücklichen Verzichtleistung dann nicht losgezählt werden, wenn es sich um eine von ihr geführte Verwaltung über das Vermögen ihres Mannes handelte, sei es, daß diese in Folge eines Auftrages desselben, oder im Interesse des Vermögens statt hatte. Aus diesem Grunde wurde der vom Kläger beantragte Zeugenbeweis über die Art und Ausdehnung der Geschäftsführung zugelassen, um sohin beurtheilen zu können, ob der Fall einer Verpflichtung zur Rechnungslegung eintrete."

Nr. 391.

Behandlung einer Correalschuld im Concurs.

Entsch. vom 17. Juni 1857, Nr. 5487 (Best. des das Urtheil des Kr. G. Bregenz v. 25. Jänner 1856, Nr. 27, abänd. Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 2. April 1856, Nr. 962). G. Z. 1857, Nr. 120.

Nr. 392.

Veräußerung eines Theils eines gesetzlich untheilbaren Grundstückes.

Entsch. v. 24. Juni 1857, Nr. 3844 (Best. des das Urtheil des B. G. Kastelruth v. 28. Sept. 1856, Nr. 2528, abändernden Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 18. Febr. 1857, Nr. 651). G. Z. 1857, Nr. 140.

A, Besitzer des untheilbaren, aus einer Waldparcelle x und einer Wiesenparcelle y bestehenden Grundstückes, hatte dem B die Wiese y ver-

kauft und übergeben, welche Veräußerung von der politischen Behörde für ungiltig erklärt wurde. In Folge dessen trat A gegen B als Kläger auf und bat, zu erkennen, der Geklagte sei schuldig, ihm die Wiese gegen Erlag des Kaufpreises zu restituiren. Der Geklagte behauptete, daß, da der Wald Zugehör der Wiese sei, was er durch Kunstverständige erweisen wolle, Kläger vielmehr schuldig sei, ihm den Wald zu übergeben. Die erste Instanz ließ den vom Geklagten angebotenen Beweis zu, „im Hinblick auf die §§. 294, 457 und 1047 a. b. G. B., aus denen hervorgeht, daß auch eine unbewegliche Sache das Zugehör einer andern Sache sein kann und daß das Zugehör stillschweigend seiner Hauptsache folgt". Die zweite Instanz gab aus folgenden Gründen dem Klagbegehren statt: „Zufolge §. 878 a. b. G. B. kann über jenes, was nicht im Verkehre steht, kein Vertrag abgeschlossen werden, und was unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines giltigen Vertrages sein. Aus dem Verkehre entzogen sind aber die einzelnen Bestandtheile jener Gütercomplexe zu betrachten, welche vermöge der bestehenden politischen Verordnungen ohne vorausgegangene politische Trennungsbewilligung nicht zerstückelt werden dürfen, und die Veräußerung solcher Bestandtheile ohne vorläufig erwirkten Kaufconsens ist unerlaubt, kann daher Obigem zufolge kein Gegenstand eines giltigen Vertrages sein. Der vom Geklagten angebotene Kunstbefund ist ganz unentscheidend, da selbst für den Fall, daß der Wald nicht als Haupt-, sondern als Nebensache anzusehen wäre, es doch im Vertrage klar ausgesprochen ist, daß von einer Ueberlassung desselben an den Käufer dem Willen der Parteien zufolge keine Rede war, sondern nur die unerlaubte Abstückelung und der Wegverkauf der Wiese in der Absicht der Parteien lag. Noch weniger kann von einer Ausdehnung des Verkaufsvertrages gegen die Absicht der Parteien auf den Waldtheil x, als einer gesetzlichen Rechtsfolge im Sinne des §. 294 a. b. G. B. die Rede sein, da rücksichtlich dieses Objectes jede Bestimmung des Kaufspreises fehlt und der Kauf schon darum ungiltig sein würde." Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz.

Nr. 393.

Vertragsmäßige Compensation. — Annahme eines Versprechens. Beweis derselben.

Entsch. vom 24. Juni 1857, Nr. 4757 (Best. des das Urtheil des B. G. Mezzolombardo v. 19. Sept. 1856, Nr. 11002, abändernden Urtheils des O. L. G. Innsbruck v. 29. Dec. 1856, Nr. 4924). G. Z. 1857, Nr. 118.

Mittelst des Briefes vom 25. December 1855 bestätigte B dem A, daß er ihm auf Grundlage des Schuldscheines vom 12. December

1853 einen Betrag von 1445 fl. schuldig sei, und verpflichtete sich, denselben in neuerlich bestimmten Raten zu bezahlen, mittlerweile aber die Schuld des A an ihn im Betrage von 750 fl. zu compensiren; B schloß sein Schreiben mit den Worten: „Ich hoffe, Sie werden meinen Antrag in der Gänze annehmen und genehmigen." Die Schuld des A an B war auf dem Hause des Ersteren einverleibt; B weigerte sich jedoch, die Löschungserklärung auszustellen. A klagte und stellte das Begehren, es sei zu erkennen: seine Schuld an B im Betrage von 750 fl. sei durch Compensation erloschen und B sei schuldig, binnen 14 Tagen eine Erklärung auszustellen, kraft deren die Hypothek gelöscht werden könne. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren unbedingt statt, indem sie erachtete, „die producirte Urkunde enthalte ein unbedingtes Bekenntniß der Schuld und Zugeständniß der Compensation, hiezu bedürfe es nicht erst einer Genehmignng seitens des Besitzers der Urkunde; die Annahme, auf welche in dem Briefe hingedeutet wird, könne sich daher nur auf die zugesagten Ratenzahlungen beziehen; in dieser Beziehung habe es aber nicht gerade einer schriftlichen Annahme bedurft; auch eine andere Art der Genehmigung genüge, und diese liege in der That schon in dem Umstand, daß der Kläger den Brief des Geklagten bei sich behalten habe, wodurch er deutlich zu erkennen gab, daß er den Antrag des B in der Gänze genehmige". Die zweite Instanz dagegen erkannte auf den vom Kläger dem Geklagten aufgetragenen referiblen Haupteid über die Nichtannahme respective Annahme des brieflichen Antrags. Die dritte Instanz bestätigte das oberrichterliche Urtheil in der Erwägung, „daß der Geklagte in dem an den Kläger gerichteten Briefe vom 25. December 1855 ausdrücklich die Genehmigung des Klägers rücksichtlich der darin enthaltenen Rechnung über Soll und Haben verlangte, somit die dabei erwähnte bedingte Compensation von 750 fl. auch nur als ein Antrag erscheint, dessen Rechtsverbindlichkeit erst von der Annahme seitens des Klägers abhängig gemacht wurde; in der Erwägung demnach, daß es auf den Beweis dieser Annahme, somit auf den darüber aufgetragenen Haupteid wesentlich ankommt".

Nr. 394.

Folgen der Nichterfüllung eines Vertrages.

Entsch. vom 24. Juni 1857, Nr. 5175 (Best. des Urtheils des B. G. Karolinenthal v. 25. Nov. 1856, Nr. 16805, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Prag v. 2. März 1857, Nr. 3363). G. Z. 1857, Nr. 120.

In einem im Jahre 1856 anhängig gemachten Processe wegen rückständiger Ausgedingsleistungen behauptete die Klägerin unter Anderem, daß Geklagter im Jahre 1855 die vier jährlich zu stellenden Fuhren ihr

nicht geleistet habe und nahm dafür 16 fl. als Schadenersatz in Anspruch, über welchen Betrag sie den Beweis durch den Schätzungseid anbot. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt; die zweite Instanz dagegen wies die Klägerin deshalb ab, weil die fragliche Schuldigkeit nur durch ihre wirkliche Leistung erfüllt werden kann und die Klägerin auch nicht angegeben hat, ob und inwiefern sie etwa einen Schaden dadurch erlitten habe, dessen Ersatz sie nach §. 919 a. b. G. B. fordern könnte. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz in der Erwägung, „daß es sich um eine Leistung handelt, welche vertragsmäßig jährlich zu geschehen hat, die Klägerin daher die nachträgliche Leistung der fraglichen Fuhren nach Ablauf des Ausgedingsjahres 1855 nicht fordern kann, wohl aber nach §. 919 a. b. G. B. ihr das Recht zusteht, für diese im Jahre 1855 unterlassene Leistung den Ersatz zu fordern; ferner in der Erwägung, daß sie über den diesfälligen, von ihr ausgesprochenen und von dem Gegner nicht als zu hoch beanständeten Betrag von 16 fl. nach §. 214 lit. a a. G. O. zum Schätzungseid zuzulassen ist".

Nr. 395.

Unzulässigkeit des Haupteides über Rechtsverhältnisse.

Entsch. v. 24. Juni 1857, Nr. 5247 (Bestätigung des Urtheils des B. G. Sillian v. 22. Jänner 1857, Nr. 3012, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Innsbruck vom 24. März 1857, Nr. 1073). G. Z. 1858, Nr. 148.

In den Entscheidungsgründen der dritten Instanz heißt es: „Wenn der Haupteid in der Art aufgetragen worden, daß nebst den entscheidenden Thatsachen auch der als bloße Schlußfolgerung daraus sich ergebende Beisatz, „„daß der Schwörende nicht schuldig sei....““ als Inhalt des abzulegenden Eides aufgenommen wird, so ist der also deferirte Eid zwar nicht geradezu zu verwerfen; allein da der Haupteid nur über factische Umstände, nicht aber über Rechte und Verbindlichkeiten aufgetragen und zuerkannt werden soll, so enthält die bezeichnete Eidesformel offenbar (in Ansehung des erwähnten Beisatzes) etwas Unentscheidendes, mithin Ueberflüssiges, und ist demnach solcher Beisatz aus der Eidesformel wegzulassen."

Nr. 396.

Priorität der Personalsteuern im Concurse.

Entsch. v. 24. Juni 1857, Nr. 5379 (Best. des den Bescheid des L. G. Wien v. 23. Jänner 1857, Nr. 5726, abänd. Decretes des O. L. G. Wien v. 17. März 1857, Nr. 3512). G. Z. 1857, Nr. 133.

Nr. 397.

Sequestration einer streitigen Sache.

Entsch. v. 24. Juni 1857, Nr. 5828 (Best. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Salzburg vom 18. März 1857, Nr. 791, und des O. L. G. Wien v. 14. April 1857, Nr. 4794). Haimerl's Mag. XVI., S. 414 ff. G. Z. 1858, Nr. 156.

A und C, welche in einem in ihrem Weidebezirke befindlichen Wald Besitzhandlungen vorgenommen hatten, waren deßhalb vom Aerar mit der Besitzstörungsklage belangt und verurtheilt worden. Sie stellten hierauf gegen das Aerar die ordentliche Besitzklage an. Zugleich überreichten sie ein Gesuch um Sequestration dieser Waldung, indem sie sich auf §§. 387, 388 westgal. G. O. und auf den Umstand berufen, daß das Aerar nach Ueberreichung jener Klage im streitigen Bezirke Holzfällungen vorgenommen habe. Die erste Instanz bewilligte die angesuchte Sequestration nach §. 388 westgal. G. O. (§. 293 a. G. O.), und zwar „in der Erwägung, daß der rechtliche Besitz der Waldung zwischen dem Aerar einerseits, und den Sequestrationswerbern andererseits streitig sei, und von den Zeugen bestätiget wurde, daß in der streitigen Waldung, in deren factischem Besitz sich das Aerar befindet, seit Einbringung der ordentlichen Besitzklage Holz geschlagen worden sei“. Die zweite Instanz bestätigte diese Entscheidung, „da die Gefahr einer Benachtheiligung durch die vernommenen Zeugen und durch die Betrachtung der Beschaffenheit der Sache außer Zweifel gesetzt sei, und da, wenn es im §. 388 westgal. G. O. noch weiter heiße: „„gegen Darbietung hinlänglicher Sicherheit für den dem Geklagten etwa erwachsenden Schaden,““ vorausgesetzt werde, daß aus der Sequestration dem geklagten Streittheile ein Schade zu erwachsen hat, für dessen Ersatz unter den gegebenen Verhältnissen eine vorläufige Sicherheitsleistung angezeigt erscheinen kann, was aber die k. k. Finanzprocuratursabtheilung nicht einmal behauptet habe, und daß der Gegentheil überhaupt eine solche Sicherstellung verlangt, was aber auch hier nicht geschehen sei; von Amtswegen hätte der erste Richter nicht einzugehen gehabt, und ein erst im Recurswege gestelltes Begehren sei nicht zu berücksichtigen.“ Der oberste Gerichtshof bewilligte die Sequestration, jedoch nicht nach §. 388 westgal. G. O.,

sondern nach §. 387 westgal. G. O. (§. 292 a. G. O.), und zwar aus folgenden Gründen: „Beide Instanzen haben die Sequestration nicht nach dem von den Sequestrationswerbern angerufenen §. 387 westgal. G. O., sondern in Anwendung des §. 388 westgal. G. O. bewilligt, weil sie die in diesem Paragraphe bedachte Gefahr für hinlänglich dargethan erachteten, und annahmen, daß das Aerar auf die Sicherheit, welche die Sequestrationswerber anzubieten unterlassen haben, verzichtet habe, nachdem es hierwegen bei der Verhandlung keine Erwähnung gemacht, noch eine Sicherstellung verlangt hatte. Allein dieser Ansicht kann weder in der einen, noch in der anderen Beziehung beigepflichtet werden, weil weder durch die vernommenen Zeugen genügend eine Gefahr erweislich gemacht, oder dem Aerar zuzumuthen ist, daß es die im Streite verfangene Waldung während des Processes veräußern, verderben oder Schaden nehmen lassen werde, — noch angenommen werden kann, daß das Aerar aus dem erwähnten Grunde auf die Sicherheit verzichtet habe, weil nach Vorschrift des §. 388 westgal. G. O. die Sicherheit in dem Sequestrationsgesuche selbst dargeboten werden muß, und daher, wo es Obliegenheit der Sequestrationswerber war, diese gesetzliche Bedingung ihres Gesuches zu erfüllen, eine stillschweigende Verzichtleistung des Gegners nicht zur Geltung gebracht werden kann, vielmehr der Richter von Amtswegen darauf zu achten hat, ob die gesetzlichen Bedingungen der Sequestration vorhanden sind oder nicht. — Es tritt hier aber auch nicht der Fall des §. 388 westgal. G. O. ein; denn es kann nicht behauptet werden, es handle sich um eine Sache, in deren Besitz im Sinne dieses Paragraphes sich das Aerar befinde, weil darunter nicht der letzte factische Besitz, welcher dem Aerar im Besitzstörungsgrocesse zuerkannt wurde, sondern der rechtliche Besitz oder das Recht zum Besitze, welches nach der Vorschrift über das summarische Verfahren wegen Besitzstörung der Verhandlung und Entscheidung im ordentlichen Rechtswege vorbehalten bleibt, verstanden wird. Dieses Recht zum Besitze ist aber zwischen den Sequestrationswerbern und dem Aerar streitig, und die Streitigkeit dieses Rechts zwischen beiden Theilen wird durch die gegen das Aerar überreichte Klage constatirt, in welcher nämlich das Begehren gestellt wird, zu erkennen: das Aerar sei schuldig, die Kläger als rechtmäßige, redliche und echte Besitzer der fraglichen Waldung anzuerkennen, und sich daher jedes Eingriffes zu enthalten. Unter diesem Gesichtspunkte erscheint sonach die von den unteren Instanzen bewilligte Sequestration nach §. 387 westgal. G. O. als gerechtfertigt."

Nr. 398.

Civilrechtliche Wirkung eines strafgerichtlichen Contumacialurtheils.

Entsch. vom 24. Juni 1857, Nr. 6054 (Best. des das Urtheil des B. G. Hohenmauth vom 12. Febr. 1856, Nr. 4472, abändernden Urtheils des O. L. G. Prag vom 22. Dec. 1856, Nr. 20305). G. Z. 1857, Nr. 139.

In einem auf Grundlage eines strafgerichtlichen Contumacialurtheils angestellten Entschädigungs-Processe sprach der oberste Gerichtshof die Rechtsansicht aus, daß der Umstand, daß ein strafgerichtliches Urtheil in contumaciam ergangen sei, dessen civilrechtliche Wirkungen nicht zu schmälern vermöge.

Nr. 399.

Unzulässigkeit der Anordnung einer Tagsatzung zur Aufnahme der Anmeldung der außerordentlichen Revisionsbeschwerde.

Entsch. vom 24. Juni 1857, Nr. 6255 (Bestätigung des Decretes des B. G. Czaslau v. 25. März 1857, Nr. 1670, Abänd. des Decretes des O. L. G. Prag v. 16. April 1857, Nr. 6989). G. Z. 1858, Nr. 155.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die Anordnung einer Tagsatzung zur Aufnahme der Anmeldung einer außerordentlichen Revisionsbeschwerde findet nicht statt, weil nach §. 260 a. G. O. eine Revision gegen zwei gleichlautende Urtheile unzulässig, und nach dem Hfdcr. vom 3. Juli 1795, J. G. S. Nr. 240 (Wessely I, Nr. 885) mit einer Strafe bedroht ist, das Gericht demnach zu einer Gesetzwidrigkeit nicht behilflich sein darf."

Nr. 400.

Vermutheter Umfang einer Vollmacht.

Entsch. vom 25. Juni 1857, Nr. 5642 (Best. des Urtheils der Prätur Pavia vom 7. März 1857, Nr. 2703, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 24. April 1857, Nr. 5062). G. Z. 1857, Nr. 123.

Der Kaufmann A lieferte seit 19. Jänner 1856 dem Gastwirthe B zu verschiedenen Malen Butter (eine Partie am 19. Jänner 1856, die andere am 26. Jänner, die dritte am 26. Februar), zusammen im Werthe von 513 Lire; die Zahlung wurde jedesmal dem Sensal N geleistet, welcher das Geschäft vermittelt hatte und die Butter ablieferte.

Am 1. März 1856 lieferte A durch denselben Sensal abermals eine Partie Butter im Werthe von 72 Lire; der Wirth zahlte dem Sensal, und weigerte sich, als einige Zeit darauf A abermals Zahlung begehrte, dieselbe zu leisten. In dem aus diesem Anlasse vor der Prätur zu Pavia verhandelten summarischen Processe wurde dem Kläger vom Geklagten der Haupteid dahin aufgetragen, er habe den Sensal im Jahre 1856 nicht beauftragt, vom Geklagten den Preis der dem Letzteren partienweise gelieferten Butter zu übernehmen, er habe daher auch den Sensal nicht beauftragt, die Zahlung für die letztverkaufte Partie Butter im Werthe von 72 Lire in Empfang zu nehmen. Der Kläger erachtete, dieser Eid sei in solchem Umfange nicht entscheidend, es handle sich nur um die letzte im Streite befangene Partie Butter, aber keineswegs darum, ob der Sensal die früheren Partien Butter abgeliefert, und die Beträge dafür eincassirt habe. Das Urtheil der ersten Instanz nahm alle eben bezeichneten Thatsachen in die Eidesformel auf, unter Berufung auf den §. 1030 a. b. G. B., laut dessen vermuthet wird, daß der Diener, welchem von dem Eigenthümer einer Handlung gestattet wird, Waaren zu verkaufen, auch berechtigt sei, die Bezahlung zu empfangen, woraus sich das Entscheidende des obigen Haupteides ergebe. Die zweite Instanz beschränkte in Folge der Appellation des Klägers das zu beschwörende Factum auf den Umstand, daß Kläger dem Sensal nicht den Auftrag gegeben habe, für seine Rechnung vom Geklagten den Preis der am 1. März 1856 abgelieferten 51 Pfund Butter zu 72 Lire einzufordern. Die zweite Instanz ging von der Ansicht aus, es sei nur zu beweisen, daß der Geklagte im concreten Falle die Zahlung an eine Person geleistet habe, welche zur Empfangnahme ermächtigt war; daraus, daß derselbe Sensal die früheren Partien Butter abgeliefert, und deren Preis erhalten habe, lasse sich nicht schließen, daß er berechtigt gewesen sei, auch die Zahlung für die letzte, am 1. März 1856 gelieferte, Partie anzunehmen, eine ausdrückliche Vollmacht des Verkäufers liege nicht vor, eine stillschweigende lasse sich aber nicht vermuthen; es erscheine daher der Haupteid über das letzterwähnte Factum, aber auch nur über dieses als entscheidend und zulässig. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Wird erwiesen, daß der Kläger den Sensal ermächtigt habe, den Preis der ersten drei im Jänner und Februar 1856 an den Geklagten abgelieferten Partien Butter einzucassiren, so konnte der Geklagte nach Analogie der §§. 1030 und 1026 a. b. G. B. allerdings auch die letzte Partie Butter, welche ihm durch denselben Sensal, und nur wenige Tage nach der auf gleiche Weise berichtigten Lieferung vom 26. Februar 1856 übermittelt wurde, in gutem Glauben diesem Sensal bezahlen. Wollte der Kläger dies verhindern, so wäre es seine Sache gewesen, den Käufer in Kenntniß setzen zu lassen, daß er dem Sensal das bisher geschenkte Vertrauen entzogen habe. Der erste Theil des Haupteides ist daher ebenfalls entscheidend, da sich aus

dem darin aufgenommenen Factum die Bevollmächtigung des Sensals zur Empfangnahme des Geldes auch für die letzte Waarenpartie ergibt."

Nr. 401.

Stillschweigender Verzicht auf das Recht, die Aufhebung eines Vertrages wegen Nichterfüllung zu fordern.

Entsch. v. 25. Juni 1857, Nr. 5845 (Best. des das Urtheil der Stadtprätur Padua v. 5. Dec. 1856, Nr. 29180, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig vom 7. April 1857, Nr. 2621.) Gaz. d. Trib. 1858, S. 39 ff.

A hatte dem B ein Grundstück unter der Bedingung verpachtet, daß es ihm, wenn der Pächter eine Pachtzinsrate nicht pünktlich am Verfallstage bezahle, freistehen solle, den Vertrag aufzuheben. Am 11. December 1852 hatte B 2000 L. zu zahlen, er zahlte indeß nur 1098 Lire 7 Cent., welche Zahlung angenommen wurde. Wie es scheint, entzweite sich inzwischen A mit seinem Pächter, weil dieser einen theilweisen Zinsnachlaß forderte. Genug, er fand sich bestimmt, aus Anlaß jenes kleinen Zinsrückstandes auf Aufhebung der Vertrages zu klagen. Die Klage ward am 24. August 1853 überreicht; an demselben Tage (und wie es scheint noch vor der Ueberreichung derselben) zahlte B dem hiezu ermächtigten Sohn des A den Restbetrag per 101 Lire 93 Cent. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt; die beiden höheren Instanzen wiesen es ab.

Gründe der dritten Instanz: „Wenngleich bedungen wurde, daß, wenn der Pächter einer der ihm obliegenden Verpflichtungen ganz oder theilweise nicht genau nachkomme, es dem Verpächter freistehen solle, auch bei erfolgter nachträglicher Verbesserung des Fehlers, ohne eine Mahnung nöthig zu haben, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, so kann diese Bedingung von so ernster und harter Natur, doch nicht anders in Anwendung gebracht werden, als wegen angemessener Pflichtverletzungen und schuldbarer Versäumnisse. Im vorliegenden Falle zeigt sich, während mitunter selbst Vorauszahlungen nach Bequemlichkeit stattfanden, in der Quittung... nicht die geringste Andeutung einer Einwendung oder einer Rechtsverwahrung aus Anlaß des geringen Restes per 101 Lire 93 Cent. Auch diesen Rest übrigens hat der Geklagte nachträglich gezahlt, ehe die Klage erhoben wurde."

Nr. 402.

Unanwendbarkeit des §. 456 a. b. G. B. im Falle einer gerichtlichen Pfändung. — Zulässigkeit der Auftragung des Haupteides über dem Delaten unbekannte Thatsachen.

Entsch. v. 1. Juli 1857, Nr. 5832 (Best. des das Urtheil des H. G. Wien v. 15. Dec. 1855, Nr. 57824, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien vom 1. April 1857, Nr. 1228). G. Z. 1857, Nr. 187 ff.

B hat bei M einen Wagen gepfändet, welchen nunmehr A als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, indem er dem Geklagten (B) den Haupteid darüber aufträgt, „daß er (A) den in der Pfandspecification aufgeführten Wagen bei X nicht bestellt und übernommen, und sodann dem Executen vermiethet habe“. B beruft sich auf §. 456 a. b. G. B. und wendet überdies gegen den Haupteid ein: 1. Es sei durch ihn die Identität des gepfändeten Wagens mit dem bei X bestellten nicht dargethan. 2. Er (B) werde dadurch aufgefordert, über Vorgänge zwischen dritten Personen zu schwören, von welchen er keine Kenntniß habe. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab. Die beiden oberen Instanzen erkannten auf den Haupteid.

Gründe der dritten Instanz: „Wenn durch den Haupteid der Beweis über die Umstände hergestellt wird, daß der Kläger den in der Pfandspecification aufgeführten Comfortable-Wagen im Jahre 1853 bei X, Wagnermeister in Wien, bestellt und übernommen, und im September 1856 an den Executen vermiethet habe, so muß dem Klagebegehren stattgegeben werden, weil hiernach der Kläger den giltigen Titel und die echte Art, wodurch er zum Besitze des Wagens gelangt ist, nachgewiesen haben würde (§. 372 a. b. G. B.). Durch den Haupteid wird auch die Identität des Wagens bewiesen, wornach dann die besonderen Merkmale in den Haupteid aufzunehmen nicht nöthig ist. — Der Geklagte führt den gegenwärtigen Proceß im eigenen Namen, und der Haupteid kann ihm daher, gemäß §. 207 a. G. O., auch über fremde Handlungen aufgetragen werden. Sind dem Geklagten diese Handlungen — deren Existenz er doch widersprochen hat — wirklich nicht bekannt, und wagt er es deßhalb nicht, den Haupteid abzulegen, so mag er ihn dem Kläger zurückschieben; der letztere kann durch die bloße Angabe des Geklagten, die zu beschwörenden Umstände seien ihm nicht bekannt, um sein durch den Haupteid herzustellendes Beweismittel gegen die ausdrückliche Vorschrift des §. 207 a. G. O. nicht gebracht werden. — Der vom Geklagten bezogene §. 456 a. b. G. B. ist hier gar nicht anwendbar, denn dieser Paragraph setzt voraus, daß ein Dritter eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet hat, wogegen im gegenwärtigen Falle der Wagen gerichtlich gepfändet worden ist.“

Nr. 403.

Sistirung der Verhandlung bis zur Bestellung der Klags-caution.

Entsch. vom 1. Juli 1857, Nr. 6548 (Best. des Bescheides des B. G. Teplitz vom 31. Dec. 1856, Nr. 7702, Abänderung des Bescheides des O. L. G. Prag, intimirt mit Decret des B. G. Teplitz v. 22. Mai 1857, Nr. 3552). G. Z. 1858, Nr. 150.

In einem Rechtsstreite war der Kläger dem in Rechtskraft erwachsenen Auftrage zum Erlage einer actorischen Caution von 30 fl. CM. nicht nachgekommen, und die erste Instanz hatte hierauf die Sistirung der weiteren Verhandlung in der Hauptsache bis zum Erlage dieser Caution verfügt. Diese Anordnung wurde von dem obersten Gerichtshofe auf den gegen die abändernde Entscheidung der zweiten Instanz ergriffenen Recurs als dem Sinne des §. 406 a. G. O. vollkommen entsprechend erkannt, indem der §. 408 a. G. O. nur von der Verhandlung wegen Bestellung einer mehreren Caution, keineswegs aber auch von dem rechtskräftigen Erkenntnisse auf Bestellung einer actorischen Caution handelt und nur der ersteren, nicht aber auch der letzteren die Eigenschaft, die Hauptsache zu hemmen, abspricht, letzteres vielmehr im Sinne des §. 406 a. G. O. als das geeignetste Mittel erscheint, dem Kläger gegenüber ein solches Erkenntniß auf Bestellung einer actorischen Caution zur Geltung zu bringen.

Nr. 404.

Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Bestätigung desselben im Testamente eines Promissars.

Entsch. vom 2. Juli 1857, Nr. 4293 (Best. des das Urtheil des L. G. Mantua vom 29. Nov. 1856, Nr. 11286, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 31. Jänner 1856, Nr. 656). Gaz. d. Trib. 1858, S. 193 ff.

Mittelst Notariatsactes vom 11. Juli 1839, bei dessen Errichtung außer dem Notar drei Zeugen intervenirten, trat M seinem Bruder N verschiedene Grundstücke ab; als Gegenleistung ward theils eine Leibrente, theils die Uebernahme gewisser Schulden stipulirt; auch verpflichtete sich N, ein Jahr nach dem Tode des M, ihrer gemeinschaftlichen Schwester A 2000 Lire auszuzahlen. Später trat in Folge des mit M und N getroffenen Uebereinkommens B, der Sohn des N, in die durch jenen Vertrag für letzteren begründeten Rechte und Verbindlichkeiten ein, und er versprach insbesondere in dem darüber errichteten Notariatsacte, die letzteren, sowohl bei Lebzeiten des M, als auch nach seinem Tode, ge-

wissenhaft zu erfüllen. — Am 24. Juli 1850 errichtete M ein Testament, in welchem er alle etwa vorhandenen letztwilligen Verfügungen, Testamente sowohl als Codicille, für aufgehoben erklärte, weiter bemerkte, daß er zwar schon durch jenen Notariatsact über sein ganzes Vermögen verfügt habe, für alle Fälle aber den B zum Universalerben ernenne. — Nach dem Tode des M weigerte sich nun B, der A die 2000 Lire auszuzahlen. Die letztere wurde in erster Instanz mit ihrem Klagebegehren abgewiesen; die beiden höheren Instanzen verurtheilten jedoch B zur Zahlung. Es heißt darüber in den vom obersten Gerichtshofe angenommenen Entscheidungsgründen des Oberlandesgerichtes: „Der Geklagte wendet ein, daß die Klägerin an M keine Forderung hatte, daß, wenn man den sie betreffenden Theil des Notariatsactes vom 11. Juni 1839 als eine Schenkung betrachte, sie eine ungiltige und unwirksame wäre, weil er ihr von keinem der Betreffenden mitgetheilt worden, und weil überdies die im §. 956 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet seien, als Legat aber betrachtet, sei die betreffende Bestimmung jedenfalls durch den im Testamente des M enthaltenen Widerruf aufgehoben. Allein, wenn nicht daran gezweifelt werden kann, daß M vor seinem Tode N und dessen Rechtsnachfolger B von der Zahlung jener 2000 Lire entbinden konnte, bezüglich deren er angeordnet hatte, daß sie nach seinem Tode seiner Schwester, der jetzigen Klägerin, als Andenken an ihn ausgefolgt werden sollten, so kann doch keineswegs angenommen werden, daß der Wortlaut des Testamentes einen Widerruf dieser Anordnung enthalte, da es vielmehr als eine der Vernunft und der Absicht des Disponenten besser anpassende Folgerung erscheint, anzunehmen, daß der Erblasser, indem er ausdrücklich auf jenen Notariatsact, ohne ihm zu derogiren, im Testamente Bezug nahm, und ihn als einen Act unter Lebenden bezeichnete, jene Anordnung bestätigen wollte, und daß daher der in demselben Testamente enthaltene Widerruf aller früheren testamentarischen und codicillarischen Anordnungen sich nicht auf irgend einen Theil dieses Actes bezieht, in welchem alle dem Bruder auferlegten Verbindlichkeiten als Gegenleistung für die Abtretung der Realitäten, in deren Besitz er und sein Sohn sich gesetzt haben, erscheinen. Wenn M jenem Notariatsacte auch noch die äußeren Formen einer letztwilligen Erklärung hatte geben wollen, welche erst nach seinem Tode ihre Wirkung äußern sollte, so geschah dies nur in der Absicht, die Ausführung des Vertrages auch in Bezug auf jene Verabredungen insbesondere zu sichern; es ändert dies aber nichts daran, daß die bedungenen Leistungen einen integrirenden Bestandtheil des in jenem Leibrentenvertrage und in dem später mit dem Sohne abgeschlossenen Abtretungsvertrage bedungenen Entgeltes bilden, in Bezug auf welches der Geklagte in letzterem Acte aussprach, daß er alle im ersteren enthaltenen Verabredungen sowohl bei Lebzeiten des M als auch nach seinem Tode gewissenhaft erfüllen werde. Die Weigerung des Geklagten, das Versprechen zu erfüllen, ist daher eben so ungesetzmäßig als unbillig; dasselbe gilt von seinem Versuche,

die im Testamente enthaltene derogatorische Clausel auf die zu Gunsten seiner Tante getroffene Verfügung anzuwenden. Wenn es übrigens überhaupt nöthig war, daß diese Verfügung von einem der Contrahenten ihr mitgetheilt werde, so ist sie davon in ausreichende Kenntniß dadurch gesetzt, daß das Testament, welches ihr als Schwester und gesetzlichen Erbin des M mitgetheilt werden mußte, sich wirklich auf die fraglichen Actenstücke bezieht, und zwar mit der Bemerkung, daß dieselben bei Notaren deponirt seien."

Nr. 405.

Bedingungen der Vollstreckbarkeit von Urtheilen königl. polnischer Gerichte in Oesterreich.

Entsch. v. 2. Juli 1857, Nr. 5143 (Best. des den Bescheid des Com. G. S. A. Ujhely vom 10. Nov. 1856, Nr. 6648, abänd. Decrets des O. L. G. Eperies v. 3. Febr. 1857, Nr. 719). Haimerl's Mag. Bd. XVI., S. 133 ff.

Die erste Instanz hatte ein von dem Appellationsgerichte in Warschau geschöpftes Urtheil für executionsfähig erkannt. Die zweite Instanz änderte auf den Recurs der Geklagten diese Entscheidung aus dem Grunde ab, daß sich das in Warschau gepflogene Verfahren nach den hierländigen Gesetzen als null und nichtig darstelle. Der oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrecurs aus folgenden Gründen nicht statt: „Wenn schon das Gericht zu Warschau in der Rechtssache des Executionswerbers wider die Belangten nach den über den Gerichtsstand geltenden allgemeinen Grundsätzen die Gerichtsbarkeit auszuüben vermöge der Umstände berechtigt war, daß der seiner Klage zu Grunde liegende Vertrag in Warschau geschlossen, ihm die dort liegenden Weine der Belangten zur Sicherheit seiner Forderungen verpfändet, und ihm die Befriedigung aus dem Erlös des Weines, mithin am Orte, wo sich dieser Wein befand, versprochen wurde; so enthält doch das vorgelegte Urtheil des Appellationsgerichtes Warschau eine offenbare Verletzung der inländischen Gesetze, indem der auf die Klage des Executionswerbers ergangene erste Bescheid eingestandenermaßen nicht den Belangten zu eigenen Handen zugestellt, und seitens des Executionswerbers auf den Widerspruch der Geklagten auch nicht erwiesen wurde, daß die Vertreter der Letzteren eine besondere Vollmacht zur Annahme von dergleichen Bescheiden erhalten hatten. Das vorgelegte Urtheil erweiset sich somit nach den inländischen Gesetzen §§. 66, 339 prov. C. P. O. (vgl. §. 385 a. G. O.) als null und nichtig. Da nun nach dem Hofdecret vom 13. November 1838 J. G. S. Nr. 306 (Wessely I. Nr. 1190) die Execution der hierländigen Urtheile im Königreiche Polen nur dann bewilligt wird, wenn

das dortige Gericht nach Vernehmung der Parteien und nach Erwägung des von denselben Vorgebrachten in dem hierländigen Urtheil nicht eine offenbare Verletzung des im Königreich Polen bestehenden Gesetzes wahrnimmt, und nach eben demselben Hofdecret, sowie nach §. 550 prov. G. P. O., bei Ansuchung um Vollstreckung der Erkenntnisse der polnischen Gerichte die strengste Reciprocität beobachtet werden muß, so hat das Oberlandesgericht das vorgelegte Urtheil des Appellationsgerichtes Warschau ganz richtig zur Vollstreckung für nicht verbindend erklärt."

Nr. 406.

Verhältniß der Entscheidungsgründe zum Urtheile.

Entsch. vom 2. Juli 1857, Nr. 5275 (Aufhebung des das Urtheil des B. G. Neubau vom 31. August 1856, Nr. 12038, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien vom 11. Febr. 1857, Nr. 15576). Haimerl's Magazin Bd. XVI., S. 145 ff.

A klagte gegen B und C auf Zahlung einer Geldschuld von 304 fl. 34 kr. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß, indem sie die von den Geklagten angebrachte Einwendung der Compensation verwarf. Beide Geklagte appellirten. Die zweite Instanz erkannte zu Gunsten des B auf Beweis der Compensation durch den Haupteid, und verurtheilte den B bedingt, die Hälfte der Summe pr. 152 fl. 17 kr. zu bezahlen; in Ansehung der anderen Hälfte enthält das oberlandesgerichtliche Urtheil selbst nichts; in den Entscheidungsgründen ward jedoch ausgesprochen, daß C die Summe von 152 fl. 17 kr. unbedingt zu bezahlen habe. Der oberste Gerichtshof hob dieses Urtheil auf und verordnete dem Obergerichte, von den Streittheilen beide Exemplare dieses Urtheils abzufordern, und ein seinem Beschluß entsprechendes, beide Geklagte umfassendes Erkenntniß auszufertigen, „in der Erwägung, daß das oberlandesgerichtliche Urtheil, durch welches jenes des Gerichtes erster Instanz seinem Wortlaute nach auf Appellation der Geklagten abgeändert wurde, wornach somit das letztere aufhörte, zu Recht zu bestehen, keine Bestimmung über die Zahlungspflicht des mitgeklagten C enthält, sich auch nur über die von B zu zahlende Hälfte der eingeklagten Summe von 304 fl. 34 kr. ausspricht, daher wesentlich gegen die Bestimmung des §. 248 a. G. O. verstößt, dieser Verstoß aber dadurch nicht behoben wird, daß die obergerichtlichen Entscheidungsgründe die Zahlungsverpflichtung des C bezüglich der zweiten Hälfte der erwähnten Summe aussprechen, weil die Entscheidungsgründe keinen Bestandtheil des Urtheils bilden, und auf Grund derselben eine gerichtliche Execution gegen C nicht ertheilt werden könnte."

Nr. 407.

Unzulässigkeit der Aufhebung der Gerichtskosten im Fall einer Abänderung des Urtheils zu Gunsten des Appellanten.

Entsch. v. 2. Juli 1857, Nr. 5829 (Best. des Urtheils des B. G. Wien v. 9. Febr. 1857, Nr. 3262, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 22. April 1857, Nr. 3450). G. Z. 1857, Nr. 90.

Die erste Instanz hatte den Geklagten, unter der Bedingung der Nichtablegung des demselben aufgetragenen Haupteides und der Ablegung des Schätzungseides durch den Kläger, in der Hauptsache sowie in die Zahlung der Gerichtskosten verurtheilt. Der Kläger appellirte und begehrte Vereinfachung des Eides und Weglassung des Schätzungseides. Die zweite Instanz gab dieser Appellation Folge, hob jedoch die Gerichtskosten erster Instanz gegenseitig auf, weil das erstrichterliche Urtheil zu Gunsten des Klägers abgeändert worden sei. Gegen diese Aufhebung der Gerichtskosten ergriff der Kläger die Revision. Der oberste Gerichtshof gab seinem Begehren statt, und verhielt den Geklagten für den Fall seiner Sachfälligkeit zum Ersatze der Gerichtskosten erster Instanz in der Erwägung, „daß bereits das erste Urtheil den Geklagten im Falle seiner gänzlichen Sachfälligkeit zu den Gerichtskosten verurtheilte, wogegen er selbst gar keine Beschwerde ergriff; in der Erwägung, daß die obergerichtliche Abänderung nur auf Appellation des Klägers, und nur zu dessen Gunsten, durch die begehrte Vereinfachung des Eides und Weglassung des Schätzungseides erfolgte, daß somit derselbe bezüglich der Gerichtskosten nicht übler gestellt werden kann, zumal der Geklagte keinen Spruch für sich hat, somit im Falle gänzlicher Sachfälligkeit auch vom Obergerichte in die Kosten verurtheilt werden müßte (§. 400 a. G. O.)".

Nr. 408.

Verfahren bei der Depossessionirung türkischer Unterthanen.

Entsch. v. 2. Juli 1857, Nr. 6464 (Best. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Wien vom 24. März 1857, Nr. 12442, und des O. L. G. Wien v. 5. Mai 1857, Nr. 5642). G. Z. 1857, Nr. 104.

Nr. 409.

Urkunden, auf welche hin das Verbot ohne Cautionsbestellung nicht zu bewilligen ist.

Entsch. vom 7. Juli 1857, Nr. 6714 (Best. des das Decret des B. G. Sechshaus v. 31. März 1857, Nr. 3569, abändernden Decretes des O. L. G. Wien v. 21. April 1857, Nr. 5116). G. Z. 1858, Nr. 156.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Der eigene Buchauszug eines Verbotswerbers kann nicht zu den im §. 284 a. G. O. bezeichneten Urkunden gezählt werden, da sonst jede Aufschreibung des Klägers, jedes schriftliche Assert, welches ja auch, wenn der Gegentheil es für richtig anerkennt, als Beweis wirkt, zur cautionsfreien Verbotswerbung ohne weiteres berechtigen würde."

Nr. 410.

Verpflichtung des Vermiethers, den vor Eröffnung des Concurses geschlossenen Miethvertrag der Concursmasse gegenüber einzuhalten.

Entsch. v. 7. Juli 1857, Nr. 6751 (Best. des Urtheils des B. G. Wien v. 31. Mai 1857, Nr. 15632, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien vom 16. Juni 1857, Nr. 7357). G. Z. 1857, Nr. 89.

Nr. 411.

Folgen der Nichteinhaltung der Bedingungen, unter welchen ein Theil der Schuld nachgelassen wird.

Entsch. v. 8. Juli 1857, Nr. 4314 (Best. des das Urtheil des L. G. Laibach v. 13. Jänner 1857, Nr. 2731, abänd. Urtheils des O. L. G. Graz v. 25. Febr. 1857, Nr. 1437). G. Z. 1857, Nr. 111.

A hat bei der Concursmasse des B eine Forderung angemeldet, welche mit 260 fl. sammt 6% Zinsen für liquid erklärt wurde. Auf Antrag des B willigte A später in einen Nachlaß von 40% und in die sofortige Aufhebung des Concurses, unter der Bedingung, daß ihm B den Rest pünktlich und klaglos in drei Raten „abgetragen haben wird". B hielt die Termine nicht ein, und zahlte nur am 15. November 1853 einen Betrag von 91 fl. — A forderte nun, indem er die 91 fl. theils auf Zinsen, theils vom Capital abrechnete, den

Rest der ganzen ursprünglichen Schuld von 260 fl. mit 186 fl. 32½ kr., sammt seit 15. November 1853 laufenden 6% Interessen. Die erste Instanz sprach ihm nur den nach Abrechnung der 91 fl. von der im Vergleichswege reducirten Schuld sich ergebenden Rest von 65 fl. sammt 6% Zinsen seit 15. November 1853 zu. Sie ging davon aus, daß der Nachlaß nicht unter irritatorischer Clausel geschlossen sei, und dem Wortlaute desselben gemäß nur der Concurs nicht vor erfolgter Bezahlung hätte aufgehoben werden sollen; das könne zwar nicht mehr ungeschehen gemacht werden, allein Kläger habe kein Recht, den bereits erlassenen Theil der Schuld wieder zu fordern. Das Oberlandesgericht gab jedoch dem Klagebegehren seinem vollen Inhalte nach statt. Die obergerichtlichen Gründe enthalten im Wesentlichen Folgendes: „Es bedurfte bei dem klaren Inhalte der Erklärung vom 15. März 1853 zur Begründung des vollen Klageanspruchs der sogenannten irritatorischen Clausel durchaus nicht. Die Gläubiger des B haben ihm den gewünschten 40% Nachlaß und die Concursaufhebung, indem sie auf die ihnen bei ungehinderter Abwickelung der Concursverhandlung sonst nach der Resolution vom 11. September 1784, lit. b, Nr. 336 J. G. S. (Wessely I, Nr. 1794), zugestandenen Rechte verzichteten, nur gegen dem zugestanden, daß er den nach Abzug des Nachlasses verbleibenden Schuldrest innerhalb der gestellten Termine pünktlich und klaglos, d. h. ohne die den Nachlaß zugestehenden Gläubiger zur gerichtlichen Betreibung ihrer Rechte zu nöthigen, bezahle. Hiedurch wurde dieses Einverständniß zu einem durch eine bejahend aufschiebende, oder wenn man lieber will, verneinend auflösende Bedingung beschränkten, bei welchem das dem Geklagten zugestandene Recht auf den Nachlaß erst von der Erfüllung, oder umgekehrt der Verlust dieses Rechtes von der Nichterfüllung dieser Bedingung abhängig gemacht wird (§§. 696, 699 und 897 a. b. G. B.). Da nun Geklagter selbst zugesteht, auf Rechnung der klägerischen Forderung nur 91 fl. bezahlt, somit obiger Bedingung nicht entsprochen zu haben, erscheint er dem Gesagten zufolge des ihm zugestandenen Nachlasses verlustig und verpflichtet, dem Kläger die ganze ursprüngliche Forderung nach Abzug der geleisteten Abschlagszahlung in dem vom Kläger ganz richtig berechteten Betrage von 186 fl. 32½ kr. nebst 6% Verzugszinsen hievon seit 15. November 1853 zu bezahlen. Es ist somit das Klagebegehren vollkommen begründet. Wenn es sich endlich auch nicht leugnen läßt, daß Kläger nach der Sachlage unbezweifelt berechtigt war, falls es ihm zweckdienlicher erschiene, und die übrigen gesetzten Bedingungen dazu vorhanden wären, die Wiederaufnahme der Concursverhandlung zu begehren, so ist er daran doch offenbar nicht gebunden. In soweit es sich aber um allenfalls dabei betheiligte Interessen und Rechte anderer gewesener Concursgläubiger handelt, ist auf dieselben einerseits bei aufgehobenem Concurse in diesem nur zwischen Einem der Gläubiger und dem gewesenen Cridatar obschwebenden Rechtsstreite von

Amtswegen keine Rücksicht zu nehmen, andererseits aber wird denselben auch durch diese Entscheidung durchaus nicht präjudicirt, indem es jedem der übrigen Gläubiger und auch dem Geklagten, welch' letzterer nach Umständen sogar dazu verpflichtet ist, freisteht, die Wiederaufnahme des Concurses zu begehren."

Der oberste Gerichtshof hat das Erkenntniß des Oberlandesgerichtes aus dessen Gründen bestätigt und nur bemerkt, daß der in der Erklärung vom 15. März 1853 zugesicherte Nachlaß mit 40% nur „gegen dem zugestanden worden ist, daß der Schuldner den Forderungsrest mit 60% in den bestimmten Terminen pünktlich und klaglos entrichte. Da Geklagter dies nicht zugehalten hat, so hat er auch auf den bedingungsweisen Nachlaß keinen Anspruch; denn die Absicht dieser Zugestehung war, daß Kläger nicht nöthig habe, wegen seiner Forderung nach aufgehobenem Concurse abermals den Rechtsweg zu betreten, den er wegen Nichtzuhaltung der Bedingung nun doch betreten mußte".

Nr. 412.

Eigenthumsklage des Käufers nach Aufhebung des Vertrags wegen Verletzung des Verkäufers über die Hälfte. — Personen, unter welchen das rechtskräftige Urtheil wirkt.

Entsch. vom 8. Juli 1857, Nr. 6157 (Best. des das Urtheil der Prätur Maniago v. 5. Dec. 1856, Nr. 8652, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 26. März 1857, Nr. 3685). G. Z. 1857, Nr. 137.

B war Besitzer des Grundes Nr. 576 zu Arbo im Venetianischen, und es ist unbestritten, daß das jetzt mit Nr. 824 bezeichnete kleinere Grundstück ein Bestandtheil jenes größeren war, als dasselbe A den 4. August 1838 ankaufte; A fordert jetzt von den Descendenten und Erben des B, welche sich im Besitze des Grundes Nr. 824 befinden, die Abtretung desselben. Die Geklagten wenden ein, daß ein Bruder B's das rechtskräftige Urtheil vom 28. October 1841 erwirkt habe, vermöge dessen der Kauf wegen Verletzung über die Hälfte des wahren Werthes aufgehoben und die Wiederherstellung des status quo ante für den Fall angeordnet wurde, daß A nicht vorziehe, den vollen Werth des erkauften Grundes zu ergänzen. Das Gericht erster Instanz gab dem Klagebegehren statt, weil es dem eben erwähnten Urtheile als res inter alios acta keinen Einfluß auf die vorliegende Sache einräumen zu dürfen glaubte. Das Oberlandesgericht dagegen wies den Kläger ab. „Dem Kläger, nicht dem Geklagten, liegt, so heißt es in den Entscheidungsgründen, der Beweis ob, daß er durch Erfüllung der im Urtheile ihm auferlegten Bedingungen sein Eigenthumsrecht an dem erwähnten Grunde aufrecht erhalten

habe. In Ermanglung dieses Beweises muß angenommen werden, daß der fragliche Verkauf aufgehoben und das Grundstück an B oder dessen Rechtsnachfolger zurückgefallen ist. Das eben erwähnte Urtheil wirkt aber seiner inneren Natur nach, nicht blos auf die Parteien, in deren Streit es erging, sondern auch auf dritte Interessenten, da §. 12 a. b. G. B. auf den Fall keine Anwendung findet. — Uebrigens befinden sich die Geklagten nicht im unrechtmäßigen Besitze, sondern legitimiren sich durch ihre Eigenschaft als Erben des B; es gebührt ihnen also jedenfalls vor dem Kläger, der nur einen für ungiltig erklärten Titel für sich anführen kann, im Sinne des §. 372 a. b. G. B. der Vorzug." Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß wesentlich aus denselben Gründen.

Nr. 413.

Wirksamkeit des gesetzlichen Pfandrechts des Bestandgebers bezüglich der zur Zeit der Pfandbeschreibung noch nicht fälligen Zinse.

Entsch. vom 8. Juli 1857, Nr. 6326 (Best. des das Urtheil des L. G. Brescia vom 12. Febr. 1857, Nr. 1201, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 11. April 1857, Nr. 4796). Gaz. d. Trib. 1857, S. 405, 406.

Am 22. Juli 1856 hatte A wider C, dem er sein Haus bis Ende November 1857 vermiethet hatte, die pfandweise Beschreibung der Effecten zur Sicherstellung des am 11. Mai 1856 fällig gewordenen Zinses von 104 Lire erwirkt. Später führte B, ein anderer Gläubiger des C, die Execution auf dieselben Effecten, und der hieraus entstandene Rechtsstreit zwischen A und B drehte sich um die Frage, ob die gepfändeten Effecten lediglich für jene bereits fälligen 104 Lire, oder auch noch für alle künftig fällig werdenden Zinsen haften. Die erste Instanz entschied gegen den Vermiether. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers beziehe sich nur auf jene Gegenstände, welche zur Zeit der Klage noch in der Wohnung befindlich sind. A habe nur 104 Lire eingeklagt, nur für sie die Pfändung erwirkt; auf sie schränke sich also auch die Wirkung der Pfandbeschreibung ein; sonst könnte auch der pünktlich zahlende Miethsmann vom Vermiether in der freien Verfügung über seine Sachen willkürlich gehindert werden. Die zweite Instanz entschied zu Gunsten des Vermiethers aus folgenden Gründen: „Nach römischem Rechte ward das Pfandrecht des Vermiethers an den Fahrnissen des Miethers im Augenblicke der Einbringung in die Wohnung wirksam, und die Pfandobjecte hafteten für den ganzen Miethzins. Diese Bestimmung ward vom österreichischen Gesetze adoptirt, wie aus dem in den §. 1101 a. b. G. B.

übergegangenen Hfdcr. vom 16. September 1796 hervorgeht. Wenn es nun im gedachten Paragraphe heißt, daß das Pfandrecht bezüglich jener Gegenstände zustehe, welche zur Zeit der Klage in der Wohnung noch befindlich sind, so ist damit nur gesagt, daß dem Pfandrechte jene Effecten nicht mehr unterliegen, welche zur Zeit der Klage in andere Hände übergegangen oder außerhalb der Wohnung befindlich sind; damit ist aber an dem Grundprincip nichts geändert, daß das gesetzliche Pfandrecht auch ohne Anstellung der Klage besteht, und daß alle in der Wohnung befindlichen Objecte für den ganzen Miethzins haften, ohne daß der Bestandgeber verpflichtet wäre, die Pfandbeschreibung zu erwirken.... Ist auch im vorliegenden Falle der Zins noch nicht fällig, so besteht die Schuld selbst doch zu Recht, und das dafür dem Bestandgeber zustehende Pfandrecht muß aufrecht erhalten werden (§. 447 a. b. G. B.), ohne Rücksicht auf die Haftung, welche ein Dritter etwa den noch im Hause befindlichen Sachen auferlegt haben mag." Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des Oberlandesgerichtes aus folgenden Gründen: „Das Pfandrecht ist der Natur der Sache nach bestimmt, künftig fällig werdende Zahlungen während der ganzen Dauer der Verbindlichkeit sicherzustellen, und das Pfandrecht des Bestandgebers ist...von der Pfandbeschreibung und Sequestration unabhängig, da diese Acte nur zur erhöhten Sicherung und Wahrung jenes Rechtes dienen sollen. Der Titel oder das Pfandrecht selbst ist mit der Ausübung dieses Rechtes nicht zu verwechseln, und nur die letztere hat §. 1101 a. b. G. B. vor Augen, wenn er anordnet, daß sich dabei der Bestandgeber auf die zur Zeit der Klage noch im Hause befindlichen Gegenstände einschränken müsse.... Im vorliegenden Falle wäre die Haftung der Sachen erst dann erloschen, wenn dieselben vor Anstellung der Klage wider den Miether gepfändet und fortgeschafft worden wären, und der Vermiether hiezu geschwiegen hätte."

Nr. 414.

Condictio indebiti, angestellt nach Einlösung eines Wechsels mit falschem Indossament.

Entsch. vom 15. Juli 1857, Nr. 4924 (Best. des Urtheils des L. G. Bergamo vom 1. August 1856, Nr. 5044, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 29. Nov. 1856, Nr. 13614). Gaz. d. Trib. 1857, S. 509, 510.

A hatte einem von O zu Gunsten des P ausgestellten Wechsel sein Giro beigesetzt. Nach einiger Zeit ward er von B als Inhaber und Giratar eines solchen Wechsels aufgefordert, ihn einzulösen, was auch geschah; bald darauf erging aber an ihn eine gleiche Aufforderung von R.

Es zeigte sich, daß der von ihm eingelöste Wechsel falsch war, und A, der somit noch einmal zahlen mußte, verlangte von B den Betrag, den er ihm abgefordert hatte, zurück. Sein darauf gerichtetes Klagebegehren ward jedoch in erster Instanz zurückgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen: „Das eine Erforderniß des §. 1431 a. b. G. B.: Zahlung aus Irrthum kann allerdings nach dem Stande der Sache als vorhanden angesehen werden....; allein die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites hängt davon ab, ob B ein Recht hatte, die Zahlung der fraglichen Summe zu fordern. Die auf einem Wechsel vorkommenden Unterschriften bilden jede einen selbstständigen Act, einen für sich bestehenden Vertrag, und die Ungiltigkeit eines dieser Verträge kann auf die Giltigkeit und Wirksamkeit der anderen keinen Einfluß üben... Da nun der Wechsel an B von seinem Vormanne wirklich girirt worden war, so hatte jener... auch ein Recht auf Bezahlung der Wechselsumme, und wenn auch die Unterschrift des A falsch war, so kann die erfolgte Zahlung doch nicht als Zahlung einer Nichtschuld angesehen werden. Der Grundsatz, daß Derjenige, welcher das erhielt, was ihm gebührt, zur Rückzahlung nicht verpflichtet sei, wenn gleich eine vom wahren Schuldner verschiedene Person gezahlt hat, ist vom gemeinen Rechte sanctionirt in der L. 44. D. de cond. indeb. (12, 6.): Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est." Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren statt; allein der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz „in der Erwägung, daß der Geklagte in den Besitz des Wechsels in Folge mehrerer Indossamente gelangte, deren jedes einen besonderen wechselrechtlichen Act bezeichnet, und eigenthümliche Rechtsverhältnisse zwischen den dabei betheiligten Personen begründet; in der Erwägung, daß nicht behauptet wird, daß Geklagter kein Recht auf Erlangung der Wechselsumme habe (§. 1431 a. b. G. B.).... daß er nicht verpflichtet war, die Echtheit der früheren Indossamente, namentlich desjenigen des Klägers zu prüfen, oder sich nach dem Bestand und Ursprung der Schuld desselben zu erkundigen — was mit der Natur und dem Zwecke der Wechselgeschäfte sich nicht vereinbaren läßt; in der Erwägung, daß der Geklagte, da er vom Kläger die Wechselsumme erhielt, den Wechsel nicht protestiren lassen, und auch nicht seinen Regreß an seinem Vormanne nehmen konnte; in Anbetracht endlich des §. 1431 a. b. G. B. und der Art. 3, 75, 76 und 36 der Wechselordnung".

Nr. 415.

Bestellung einer Hypothek zur Sicherstellung der genauen Erfüllung eines Vertrags.

Entsch. v. 15. Juli 1857, Nr. 5344 (Best. des das Urtheil der Prätur Occhiobello v. 8. Nov. 1856, Nr. 5520, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 12. Febr. 1857, Nr. 1866). G. Z. 1858, Nr. 3.

A und B hatten dem C Realitäten verpachtet. Dieser bestellte am 6. Mai 1848 zur Sicherstellung der genauen Zuhaltung des Pachtvertrages und jeder daraus entspringenden Verantwortlichkeit (ed' ogni altra rispondenza del conduttore) auf seinem Grundstücke eine Hypothek bis zum Betrage von 9000 Lire. Am 1. Mai 1849 kam in Folge der Einklagung eines Zinsrückstandes ein gerichtlicher Vergleich zu Stande, vermöge dessen der Pächter sich zur ratenweisen Bezahlung des Rückstandes per 4147 Lire und zur fünfprocentigen Verzinsung desselben verpflichtete. Dieser Vergleich wurde, nachdem inzwischen andere Hypotheken bestellt worden waren, am Rande der Eintragung der ursprünglichen Hypothek per 9000 Lire am 22. Juli 1849 im Hypothekenbuche ersichtlich gemacht. Späterhin brach der Concurs über C aus. Im Classificationsurtheil wurden A und B zwar mit dem Capital per 4147 Lire in die zweite Classe, mit den Interessen hievon jedoch in die sechste Classe gesetzt. Sie brachten dagegen die Vorrechtsklage ein. Die erste Instanz räumte den vor dem 22. Juli 1849 eingetragenen Pfandgläubigern die Priorität vor der Interessenforderung ein, weil die Urkunde, mit welcher die Hypothek für 9000 Lire bestellt wurde, sich nicht auf 5% Verzinsung der Rückstände beziehe, und A und B doch nicht 4% Verzugs-, sondern 5% Vertragszinsen in Anspruch nehmen, welche ihnen nicht durch den ursprünglichen Pachtvertrag, sondern durch den erst am 22. Juli 1849 eingetragenen Vergleich zugestanden wurden. Im §. 120 ital. G. O. (§. 18 a. C. O.) sei allerdings den dreijährigen Interessen der Satzcapitalien die gleiche Priorität wie dem Capital zugesprochen, allein auch diese könne nur den mit dem Capital eingetragenen Vertrags- und etwa den 4% Verzugszinsen zukommen. Die zweite Instanz gab dem Klagebegehren statt, und die dritte Instanz bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen: „Die Formel „d'ogni altra rispondenza“ umfaßt jeden Schaden, welchen A und B in Folge der Nichterfüllung des Pachtvertrages zu erleiden hätten, daher auch denjenigen, welcher für sie aus der Nichtbezahlung des Pachtzinses entspringt, gleichviel, ob der Umfang dieses Schadens durch richterlichen Ausspruch oder Vergleich bestimmt wird. Letzteres ist nun durch den Vergleich vom 1. Mai 1849 durch Bedingung von 5% Zinsen geschehen, und so eine bestimmte Ersatzforderung begründet worden, welche ganz der ursprünglichen, eventuellen und unbestimmten Verantwortlichkeit, bezüglich deren schon am 15. Mai 1849 die Inscription erfolgte, entspricht; es war somit Jedem, der über den

Hypothekenstand des C Auskunft wünschte, Gelegenheit gegeben, sie kennen zu lernen. Die spätere Anmerkung des Vergleiches am Rande dieser Eintragung war also etwas ganz Ueberflüssiges, und es kommt auf die Zeit, wann sie erfolgte, nicht an."

Nr. 416.

Beginn der Verjährung der Klage auf Aufhebung eines Kaufvertrages wegen Verletzung über die Hälfte.

Entsch. vom 15. Juli 1857, Nr. 6113 (Best. des das Urtheil der Prätur Portogruaro v. 3. August 1856, Nr. 3012, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 27. März 1857, Nr. 6143). G. H. 1858, S. 413.

Mit der Klage vom 6. Jänner 1854 begehrten die minderjährigen A durch ihren Vormund die Aufhebung des von ihrer verstorbenen Mutter M mit B am 7. Juni 1847 abgeschlossenen Verkaufes des Hauses x wegen Verletzung über die Hälfte. Die geklagten Erben des B wendeten unter Anderem die Verjährung nach §. 1487 a. b. G. B. ein, wogegen die Kläger replicirten, daß der Vollendung dieser Verjährung der Hemmungsgrund der Minderjährigkeit nach §. 1494 a. b. G. B. im Wege stehe. Die erste Instanz wies das Klagebegehren zurück, indem sie den §. 1494 a. b. G. B. dahin interpretirte, daß unter den daselbst im Schlußsatz erwähnten Hindernissen nicht das Hinderniß der Minderjährigkeit, sondern der Mangel eines gesetzlichen Vertreters zu verstehen sei. Die zweite Instanz ließ den in der Replik angebotenen Beweis durch Sachverständige über den Werth des Hauses aus folgenden Gründen zu: „Es kann die den Klägern mit Berufung auf §. 1487 a. b. G. B. eingewendete Verjährung nicht als vorhanden angenommen werden. Denn ungeachtet der am 7. Juni 1847 vorgenommenen Veräußerung des der verstorbenen M gehörigen Hauses blieben ihre Kinder, die nunmehrigen Kläger, doch im ungestörten Besitz, bis sie von den B'schen Erben mit Klage vom 8. Mai 1851 gemeinschaftlich mit ihrem Vater wegen Räumung des veräußerten Hauses belangt wurden. Aber man braucht eben auch nicht auf diesen Zeitpunkt bei Berechnung der Verjährung zu sehen. Der eigentlich entscheidende Moment liegt in der Intimation des Einschreitens vom 27. Jänner 1851, womit die B'schen Erben den M'schen Erben A den Ankauf des Hauses anzeigten, und sie zu dessen Räumung aufforderten. Erst durch diesen Act wurden die M'schen Erben in legaler Form von der Veräußerung in Kenntniß gesetzt; erst von diesem Zeitpunkte lief die Verjährung und somit war am 6. Jänner 1854, an welchem Tage sie mittelst Klage die Verletzung über die Hälfte geltend machten, das im §. 1487 a. b. G. B. normirte Triennium noch nicht abgelaufen." Der oberste

Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung „in der Erwägung, daß die Veräußerung gegenüber dem den Klägern und ihrem Vater belassenen Besitz nicht genügte, die Kläger in Gewißheit über den erfolgten Verkauf zu setzen; — in der Erwägung, daß der Vater des klagenden Minderjährigen bei dem Umstande, daß er nach dem Verkauf durch mehrere Jahre in seinem Besitz nicht gestört wurde, zu dem Glauben berechtigt war, daß der Käufer, welcher mit ihm in Geschäftsverbindung stand, sein Recht nicht auszuüben beabsichtige; — in der Erwägung endlich, daß er sich von dem Gegentheil erst dann überzeugen konnte, als ihm die Klage vom 8. Mai 1851 wegen Räumung des Hauses intimirt ward, und daß von diesem Zeitpunkte bis zum 6. Jänner 1854, als dem Tage der gegenwärtig in Verhandlung stehenden Klage, die für die Verjährung im §. 1487 a. b. G. B. festgesetzten drei Jahre noch nicht abgelaufen waren".

Nr. 417.

Einwendung der Streithängigkeit gegen eine Widerklage.

Entsch. vom 15. Juli 1857, Nr. 6508 (theilweise Best. der das Urtheil der Prätur Soresina vom 31. Dec. 1856, Nr. 979, aufhebenden Verordnung des O. L. G. Mailand v. 28. März 1857, Nr. 3377). Gaz. d. Trib. 1858, S. 57 ff.

B hatte dem A Weintrauben verkauft, und klagte am 19. November 1855 auf Zahlung eines Kaufschillingsrestes von 5000 Lire. Im Laufe dieses Processes erhob A unter Anderem die Einwendung, daß die Waare nicht die bedungenen Eigenschaften besessen habe. Am 6. Februar 1856 brachte er jedoch eine Widerklage ein, in welcher er aus demselben Grunde Entschädigung im Betrage von 10.000 Lire forderte. Es wurde gegen diese Klage die Einwendung der Streithängigkeit erhoben. Die erste Instanz sah sie als begründet an, weil es sich in dem durch die Widerklage eingeleiteten Proceß um eine Sache handeln würde, die inter easdem personas, de eadem re, de eadem causa debendi bereits anhängig sei. Die beiden höheren Instanzen fanden die Einwendung unbegründet; das Oberlandesgericht bemerkte: „Nach §. 54 ital. G. O. (§. 54 westgal. G. O., vgl. §. 62 a. G. O.) war es dem A untersagt, den Gegenstand seiner vorliegenden Klage mit der Einrede in dem bereits anhängigen Streite zu vermischen, sondern er mußte ihn mittelst einer besonders eingebrachten Widerklage zur Sprache bringen..., wobei es übrigens gleichgiltig ist, ob er einige der Einwendungen, durch welche er in seiner Einrede sich wider die Klage des B zu schützen suchte, nunmehr auch in seiner Widerklage zur Unterstützung seines Entschädigungsanspruches geltend mache." Der oberste Gerichtshof hob hervor:

„Gegen die Zurückstellung der Widerklage wegen Streitanhängigkeit spreche auch schon die bloße Verschiedenheit der Summen...., da das über die auf Zahlung von 5000 Lire gerichtete Klage ergehende Urtheil niemals zur Liquidirung und nöthigenfalls zur Execution bezüglich des größeren von A begehrten Betrages führen könne; auch habe letzterer §. 54 ital. G. O. für sich."

Nr. 418.

Competenz der Grundbuchsbehörde.

Entsch. v. 15. Juli 1857, Nr. 6878 (Aufhebung der gleichförmigen Bescheide des L. G. Prag vom 28. März 1857, Nr. 7354, und des O. L. G. Prag v. 25. Mai 1857, Nr. 8900). G. Z. 1858, Nr. 24.

Nr. 419.

Testament eines wegen Unfähigkeit zur Besorgung seiner Angelegenheiten unter Curatel Gestellten.

Entsch. vom 21. Juli 1857, Nr. 6183 (Best. des Urtheils des L. G. Venedig v. 9. Oct. 1856, Nr. 11377, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 12. Febr. 1857, Nr. 1326). Giorn. d. Giurispr. pr. 1858, S. 61 ff. Gaz. d. Trib. 1858, S. 370 ff. Eco d. Trib. 1858, S. 165. G. Z. 1858, Nr. 8.

M war unter Curatel gestellt worden, weil die bezüglichen Erhebungen ergeben hatten, daß er zwar nicht blödsinnig, aber doch wegen Gebrechen des Geistes unfähig sei, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen und die Folgen seiner Handlungen einzusehen. Nachdem diese richterliche Verfügung ergangen war, hatte er ein Testament errichtet, dessen Giltigkeit nach seinem Tode angefochten wurde. Nur die zweite Instanz sah das Testament als ungiltig im Sinne des §. 566 a. b. G. B. an. Die erste und dritte Instanz erhielten es aufrecht, und zwar die letztere aus folgenden Gründen: „Nach dem eigentlichen Sinne der im §. 21 a. b. G. B. enthaltenen Anordnung ist das Geistesgebrechen, von dessen Vorhandensein die Stellung unter den besonderen Schutz des Gesetzes abhängt, nach dem Grade von Intelligenz zu beurtheilen, welcher zur Besorgung der Angelegenheiten einer bestimmten Person mit Rücksicht auf die Beschaffenheit und Wichtigkeit derselben erforderlich ist. Die Fähigkeit, die Folgen der eigenen Handlungen einzusehen, ist also nichts Anderes, als die Fähigkeit, das eigene Vermögen zu verwalten, welche

Fähigkeit bedingt ist durch das Vorhandensein von Kenntnissen und Erfahrungen und die Gabe, jene Berechnungen anzustellen, die nöthig sind, um sich gewisse Vortheile zu sichern und gewissen Nachtheilen zu entgehen. Daraus also, daß Jemand lediglich in seinem Interesse, weil ihm diese Fähigkeit abgeht, unter Curatel gestellt wurde, folgt noch nicht ohneweiters, daß er auch des Gebrauches seiner Vernunft beraubt sei, und es berechtigt dieses also noch nicht jenen für wahnsinnig oder blödsinnig im vollen unbedingten Sinne des Wortes halten zu können.... In der That sind die geistigen und moralischen Erfordernisse einer zweckmäßigen Vermögensverwaltung ganz verschieden von den Voraussetzungen der Befähigung zur Errichtung eines letzten Willens. Das erstere Geschäft setzt einen erfahrenen und berechnenden Menschen voraus; zu dem letzteren genügt ein von Gewissen und rechtschaffenen Gesinnungen geleitetes Bewußtsein. Auch hat das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch die Fähigkeit zu testiren ausdrücklich mehreren Personen zugestanden, denen die Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist (§§. 568, 569 a. b. G. B.). Da nun der Gesetzgeber den Grundsatz selbst auf diese Weise hinstellt, so müßte, selbst wenn sein Schweigen über den speciell hier vorliegenden Fall denselben zweifelhaft machte, doch auch noch dieser Zweifel für die Aufrechthaltung des Testamentes sprechen."

Nr. 420.

Außergerichtliches Geständniß: Entbehrlichkeit des besonderen Beweisanerbietens über den Umstand, daß dasselbe auf die im §. 110 a. G. O. geforderte Art abgelegt sei. — Entbehrlichkeit einer Appellationsanmeldung, wenn die Appellationsbeschwerden rechtzeitig überreicht werden.

Entsch. v. 29. Juli 1857, Nr. 6946 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 12. Dec. 1856, Nr. 37097, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 1. April 1857, Nr. 2287). G. H. 1857, S. 238 ff. G. Z. 1858, Nr. 155.

Eine wider die Concursmasse eines Verstorbenen gerichtete Paternitätsklage ward in erster Instanz abgewiesen, weil die auf Darthuung eines außergerichtlichen Geständnisses berechneten Weisartikel nicht auch ein Beweisanerbieten über den Umstand enthielten, daß das Geständniß nicht unaufgefordert, sondern auf Befragen einer Person erfolgt sei, von der der Verstorbene wußte, daß ihr daran gelegen sei, einen Beweis hierüber zu erhalten. Die Klägerin überreichte wider dieses Urtheil Appellationsbeschwerden, ohne daß sie jedoch vorher oder gleichzeitig die Appellation angemeldet hätte. In der Appellationseinrede ward dies gerügt

unter Berufung auf das Hofdecret vom 15. Jänner 1787, lit. kk, Nr. 621 J. G. S. (Wessely I, Nr. 811), und Hofdecret vom 23. December 1782, lit. b, Nr. 109 J. G. S. (Wessely I, Nr. 816). Demnach änderte das Oberlandesgericht das Urtheil der ersten Instanz im Sinne des Klagebegehrens ab, und ward dieses abändernde Erkenntniß in dritter Instanz bestätigt, deren Gründe wie folgt lauten: „Die Ansicht, daß eine innerhalb der gesetzlichen Frist (§. 252 a. G. O.) überreichte Appellationsbeschwerde nicht berücksichtigt werden könne, wenn nicht eine ausdrückliche rechtzeitige Appellationsanmeldung auch vorliege, daß somit das erste Urtheil bereits rechtskräftig sei, ist offenbar gegen Geist und Zweck der gesetzlichen Anordnungen über die Appellation, welche, wie die Hofdecrete vom 8. April 1785, Nr. 406 J. G. S. (Wessely I, Nr. 815), und vom 31. October 1785, Nr. 489 J. G. S. (Wessely I, Nr. 830), klar zeigen, nur innerhalb jenes Zeitraumes die ausdrückliche Erklärung der sich gekränkt fühlenden Partei fordern, daß sie gegen das unterrichterliche Urtheil die Appellation ergreife, und allen Eingaben, welche lediglich auf solche Absicht schließen lassen (Fristgesuche, Bitte um Beweggründe), die Wirkung versagen. In diesem Sinne macht jene Erklärung allerdings das Wesentliche der Appellation aus; aber selbst das vom Revisionswerber so hervorgehobene Hofdecret vom 15. Jänner 1787, lit. kk, Nr. 621, sagt nicht, daß die Appellationsanmeldung nicht in der Appellationsbeschwerde selbst liegen könne, da an der gleichzeitigen oder vereinigten Einbringung, die im summarischen Verfahren sogar vorgeschrieben ist, Niemand Anstoß nehmen kann.... Was den zweiten Punkt der Revision betrifft, so ist, wenn selbst die Behauptung der Klägerin, daß die Anordnung des §. 163 a. b. G. B., welche zum Beweis der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde außer einer in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Ueberweisung der Beiwohnung es genügend findet, daß Jemand „„dieses auch nur außer Gericht gesteht““, somit im Nachsatze nicht wieder das gerichtsordnungsmäßige außergerichtliche Geständniß nach §. 110 a. G. O. im Auge haben könne, heute und hier noch nicht in nähere Erörterung gezogen wird, — außer Zweifel, daß die Weisartikel, selbst abgesehen von gestellten Fragstücken, wenn nur nach Anordnung des §. 154 a. G. O. auf die klare Ursache des Wissens (ratio scientiae) gedrungen wird, zur Beantwortung und Darstellung der Art des Geständnisses führen können, und daß deren Zulassung vollkommen gerechtfertigt erscheine.“

Nr. 421.

Einwendung des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus). Vorschützung derselben gegen den Cessionar.

Entsch. v. 29. Juli 1857, Nr. 7012 (Best. des das Urtheil des B. G. Ebreichsdorf v. 23. Sept. 1856, Nr. 2687, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 15. April 1857, Nr. 2984). G. H. 1857, Nr. 6.

Mittelst Kaufvertrags ddo. Wien, 10. August 1855 hatten die Eheleute C dem B ihre Realität x in Waltersdorf verkauft. Ein Theil des Kaufschillings wurde baar bezahlt. In Ansehung des Restes verpflichtete sich B, denselben nach drei Jahren zu bezahlen, inzwischen aber mit 5% halbjährlich vorhinein zu verzinsen, widrigens bei Nichtbezahlung auch nur einer Interessenrate der schuldige Kaufschillingsrest sogleich fällig werden sollte. Zugleich wurde das Pfandrecht für diesen Kaufschillingsrest auf die verkaufte Realität eingeräumt und sohin auch grundbücherlich einverleibt. Mittelst Cession ddo. Wien, 22. Februar 1856 wurde dieser Kaufschillingsrest an A cedirt, und diese Cession im Grundbuche ausgezeichnet. Da B mit der weiteren Interessenzahlung im Rückstande blieb, trat A wider ihn mit der Klage auf Zahlung des ganzen Kaufschillingsrestes auf. Der Geklagte machte in seiner Einrede unter Anderem geltend, daß die Verkäufer im Kaufvertrage sich verpflichtet hätten, mehrere auf der verkauften Realität haftende Satzposten löschen zu lassen, und sich hierüber binnen zwei Monaten dem Geklagten gegenüber auszuweisen, welche Verpflichtung sie ihrerseits nicht erfüllt hätten; Kläger als Cessionar müsse sich diese (und andere) wider seine Cedenten gerichteten Einwendungen gefallen lassen. In der Replik bestritt A unter Anderem, daß er sich diese Einwendungen gefallen lassen müsse, da Einwendungen der grundbücherlich einverleibten Forderung nur dann entgegengesetzt werden können, wenn sie bei der Forderung selbst eingetragen oder dem Cessionar bei Uebernahme der Forderung bekannt gemacht würden. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren in der Hauptsache statt. Die zweite Instanz wies dasselbe aus folgenden Gründen zurück: „Aus den §§. 1052, 1062 a. b. G. B. geht hervor, daß bei einem Kauf weder der Käufer noch der Verkäufer die Erfüllung der gegentheiligen Verbindlichkeit in Anspruch nehmen kann, wenn er nicht selbst seine eingegangene Verpflichtung, welcher er zu der Zeit, als der andere Theil seine Leistung zusicherte, bereits hätte nachkommen sollen, in Erfüllung gebracht hat. Da nun zu der Zeit, als der Geklagte in Folge des Kaufvertrages die Interessen von dem schuldigen Kaufschilling hätte zahlen sollen, nämlich am 10. Februar 1856, der Kläger seiner Verbindlichkeit wegen Löschung der auf der verkauften Realität haftenden, vom Kläger zur eigenen Zahlung nicht übernommenen Satzposten nicht nachgekommen war, so war der Geklagte nicht gehalten, sein Versprechen in Erfüllung

zu bringen, und zwar umsoweniger, als der Nominalbetrag dieser Satzposten seinen schuldig gebliebenen Kaufschilling übersteigt, und er sohin der Gefahr ausgesetzt war, von den Gläubigern wegen Zahlung der Capitalien und der Interessen als Hypothekarschuldner in Anspruch genommen zu werden. Durch die Cession des Kaufschillingsrestes konnten dem Kläger von den Verkäufern keine mehreren Rechte übertragen werden, als ihnen zugestanden wären, wenn sie ihre Kaufschillingsforderung an den Kläger nicht übertragen hätten." Die dritte Instanz bestätigte das zweitrichterliche Urtheil aus folgenden Gründen: „Auch die österr. Gesetzgebung stellt den Grundsatz auf, daß durch den Abtretungsvertrag zwischen dem Uebernehmer der Forderung und dem übernommenen Schuldner eine neue Verbindlichkeit nicht entstehe, und daß daher der Schuldner dem ihm bekannt gemachten Uebernehmer seine Einwendungen gegen die Forderung, sowie dem Ueberträger, entgegenstellen kann (§§. 1395, 1396 a. b. G. B.). Die Einwendung der Compensation jedoch kann gegen eine einverleibte Forderung dem Cessionar nur dann entgegengesetzt werden (§. 1443 a. b. G. B.), wenn die Gegenforderung selbst eingetragen, oder dem Cessionar bei Uebernehmung der letzteren bekannt gemacht worden ist... Auf die Prüfung der Einwendung der Compensation kann es aber nicht mehr ankommen, da .... jedenfalls die exceptio non adimpleti contractus aus dem auch die heutige Klage begründenden Kaufvertrag dem Geklagten gegen den Kläger so gut wie gegen die Verkäufer zusteht. Wäre er berechtigt, diesen gegenüber die Capitalszahlung des Kaufschillingsrestes derzeit zu verweigern, weil sie der ihnen vor der versäumten Interessenzahlung zu erfüllenden Verpflichtung der Löschung der vom Käufer nicht übernommenen Satzposten nicht nachgekommen sind, so kann er auch gegen deren Cessionar, den Kläger, mit Erfolg diese Einwendung erheben, zumal der Art. 6 jenes Vertrages über die daraus entspringenden Forderungen und Gegenforderungen eine besondere Abrechnung vorbehielt. Die fragliche Berechtigung fließt aus der Natur der gegenseitigen Verträge, und ist keineswegs der §. 919 a. b. G. B. im Wege, weil ja nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern eben die in demselben der Zeitfolge nach bestimmte Erfüllung seiner Bestimmungen vom Geklagten gefordert, resp. eingewendet wird. Klägers Assert in der Revisionsbeschwerde, daß er kein Recht habe, seine Cessionsvaluta von den Cedenten zurückzufordern, und daher seine im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher.... erworbene Forderung zu verlieren Gefahr laufe, kann abgesehen von der durch das Gesetz geregelten Haftung des Cedenten (§. 1397 a. b. G. B.)... die Rechte des Cessus nicht berühren."

Nr. 422.

Besitzfähigkeit der Israeliten in Böhmen.

Entsch. v. 4. August 1857, Nr. 7856 (Best. der gleichlautenden Entscheidungen des B. G. Bunzlau vom 18. Sept. 1856, Nr. 1029 und des O. L. G. Prag vom 2. Dec. 1856, Nr. 19510). G. Z. 1857, Nr. 122.

Nr. 423.

Abtretung des ganzen Vermögens unter Beschränkungen zu Gunsten dritter Personen.

Entsch. v. 5. August 1857, Nr. 7845 (Best. des das Urtheil des L. G. Padua vom 23. Dec. 1856, Nr. 15012, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 29. April 1856, Nr. 8462). G. Z. 1857, Nr. 130.

Mittelst des Vertrages vom 13. März 1850 schenkte B seinem Sohne A sein gesammtes Vermögen (**la sua sostanza**), wogegen der Beschenkte sich verpflichtete, die Schulden des Geschenkgebers, welche von diesem in ein besonderes, von ihm zu unterfertigendes Verzeichniß gebracht werden sollten, zu bezahlen, ferner jeder seiner beiden Töchter nach seinem (des Schenkers) Ableben 100.000 Lire zu entrichten, weitere 100.000 Lire nach Inhalt des von dem Geschenkgeber allenfalls erklärten letzten Willens zu verwenden, diesem selbst aber eine lebenslängliche Rente von 24.000 Lire auszuzahlen, und ihm gewisse mit den abgetretenen Gütern verknüpfte Ehrenrechte zu überlassen. In dem neunten Absatze des gedachten Schenkungsvertrages wurde noch überdies dem Beschenkten die ausdrückliche Verpflichtung auferlegt, einen bestimmten Theil der geschenkten Güter nach seinem (des Geschenknehmers) Tode seinen Söhnen, und in Ermanglung von Söhnen seinen Töchtern und deren Nachkommen zu hinterlassen, dergestalt, daß der Beschenkte diese Realitäten weder verkaufen, noch sonst veräußern, noch über den Betrag von 200.000 Lire und zu einem andern Zwecke als zur Ausstattung seiner Töchter belasten könne, und daß ihm nicht gestattet sei, über das ganze oder auch nur über einzelne Bestandtheile unter Lebenden oder auf den Todesfall zu verfügen. Diese Schenkung wurde bezüglich der den damals bereits gebornen, oder erst später zu erzeugenden Kindern des Geschenknehmers zugedachten Vortheile von Niemanden ausdrücklich angenommen, ja es wurden auch die Töchter des Geschenkgebers nicht einmal davon unterrichtet; auch behielt der Letztere die Verwaltung der verschenkten Güter, sowie der Einkünfte derselben, wiewohl die darauf bezüglichen Mieth- und anderen Verträge mit dritten Personen unter Zuziehung des Geschenknehmers und im Namen desselben abgeschlossen

wurden. In der Folge traf B mittelst des Uebereinkommens vom 26. Jänner 1854 mehrere Veränderungen in den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages vom 13. März 1850. Er hob nämlich 1. die zu Gunsten seiner Töchter (der Schwestern des Beschenkten) gemachte Verfügung auf; er verzichtete 2. auf das Recht, letztwillig über 100.000 Lire zu disponiren; er willigte ferner 3. in die Reduction der vorbehaltenen Leibrente von 24.000 Lire auf 2139 Lire, und erklärte 4. die Verpflichtung des Beschenkten, die im neunten Absatze des Vertrages vom 13. März 1850 bezeichneten Güter seinen Söhnen, oder in Ermanglung von Söhnen seinen Töchtern zu hinterlassen, für aufgehoben; vielmehr heißt es in dem gedachten Uebereinkommen, diese Güter sollen in dem vollen und freien Eigenthume des Beschenkten verbleiben, und der freien Verfügung desselben anheim gegeben, und dieser sollte berechtiget sein, das in den Steuerregistern (Registri censuarj) vorgemerkte Substitutionsband löschen zu lassen. In Folge dessen trat A am 4. Juni 1856 gegen den Curator seiner Kinder und seiner Nachkommenschaft (nascituri) klagbar auf, und bat zu erkennen: B habe die ihm (dem Kläger) auferlegte Substitution giltig wieder aufheben können; er habe sie auch wirklich in dem Vertrage vom 26. Jänner 1854 aufgehoben, und Kläger sei daher berechtigt, die Löschung des Substitutionsbandes aus den Steuerregistern zu erwirken. — Die erste Instanz gab dem Klagebegehren in seinem vollen Umfange statt, und zwar im Wesentlichen aus nachstehenden Gründen: „Der Gerichtshof bemerkt, daß das Gesetz vom 6. Thermidor des Jahres V der französischen Republik, welches in dem venetianischen Gebietstheile mit dem Decrete der italienischen Regierung vom 15. April 1806 kundgemacht worden war, die Substitutionen und Fideicommisse abgeschafft, und der Art. 896 des Code Napoléon die fideicommissarischen Substitutionen untersagt, daß aber das österreichische allg. bgl. G. B. vom 1. Jänner 1816 an den Erblassern neuerdings gestattet hatte, die Erben (§. 608) oder Vermächtnißnehmer (§. 652) mit einer fideicommissarischen Substitution zu belasten. Hieraus sei zu entnehmen, daß eine solche Substitution nur durch eine letztwillige Anordnung, nicht aber durch einen Act unter Lebenden begründet werden könne. Diesem stehe der §. 618 a. b. G. B. nicht entgegen, da dieser von Familien-Fideicommissen handelt, welche der Testator allein nicht errichten kann, und da derjenige, zu dessen Gunsten ein Fideicommiß errichtet wird, in den Gesetzen nicht mit dem Namen eines „Erben des Legatars“, sondern, wie bei den Lehen, mit jenem eines „Nachfolgers“ bezeichnet wird. Weiters sei es ein nicht nur von dem allg. bgl. G. B. (§. 920), sondern von den Gesetzen aller Zeiten und Völker anerkannter Grundsatz, daß jeder Vertrag, so lange er nicht vollständig erfüllt ist, durch den übereinstimmenden Willen der Parteien wieder aufgelöst werden könne, wofern daraus ein Dritter noch keine Rechte erworben hat. — Der Gerichtshof betrachtet ferner die in Frage stehende Verfügung des B als eine fideicommissarische Substitution, welche von dem Vater

seinem Sohne auferlegt, und von diesem als eine ihm allein obliegende Verpflichtung übernommen, in der Folge aber vor ihrer Erfüllung, und bevor noch ein Dritter Rechte daraus erlangt hatte, von dem Ersteren widerrufen wurde, wobei der Letztere diese Aufhebung der ihn treffenden Verpflichtung ausdrücklich annahm; dieses sei eine Thatsache, gegen welche sich nichts vorbringen läßt, zumal nihil tam naturale, quam quidque dissolvi eo modo, quo colligatum fuit und acta inter duos tertio nec prosunt nec nocent. — Die Unwiderruflichkeit der Schenkung zwischen Vater und Sohn (§. 946 a. b. G. B.) erstrecke sich nicht auf die dem Letzteren zu Gunsten dritter Personen — die aber bei jenem Acte nicht intervenirten, und niemals weder gegen den Einen noch gegen den Andern einen Anspruch darauf hatten — auferlegte Substitution. Die Verfügung des §. 628 a. b. G. B. über Fideicommisse sei auf die in den vorausgehenden Paragraphen normirten Substitutionen nicht anwendbar, und überdies fehle ja der Vertrag, der einem Widerrufe entgegenstehen könnte, weil, wie oben bemerkt wurde, Niemand intervenirt war, um die in dem fraglichen Schenkungsvertrage angeordnete Substitution anzunehmen. Der §. 1019 a. b. G. B. räumte dem Dritten nur dann das Recht ein, gegen einen oder den andern Theil Klage zu führen, wenn sie von dem ihnen zugedachten Vortheile benachrichtiget worden sind; eine auf anderweitigem Wege erlangte Kenntniß habe keine Wirkung, der Geschenkgeber sei daher nach Inhalt des §. 1020 ebd. berechtigt, seine Verfügung beliebig zu widerrufen, und den Geschenknehmer von der ihm dem Dritten gegenüber auferlegten Verpflichtung zu befreien. Da nun in dem vorliegenden Falle für die schon vorhandenen Kinder und für die Nachkommenschaft des B kein Curator ad actum aufgestellt worden war, um ihre Annahme der ihnen zugedachten Vortheile zu erklären, so fehle es an einem wesentlichen Erfordernisse eines giltigen Vertrages (§. 861 ebd.), und B konnte daher nach Belieben seine Verfügung widerrufen. Mag man demnach dieselbe als eine Substitution, als eine Schenkung oder als einen Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, ansehen, immer erscheint sie als widerruflich, wie sie denn auch wirklich widerrufen wurde, und zwar in dem Umfange, in welchem sie getroffen worden war."

Das Oberlandesgericht wies den Kläger mit seinem Begehren zurück, und der oberste Gerichtshof fand das Urtheil der zweiten Instanz, jedoch mit dem Beisatze zu bestätigen, daß dem Kläger A vorbehalten bleibe, sein Recht auf Nichtigerklärung der Schenkung vom 13. März 1850, wenn und in wie weit ihm ein solches zustehen sollte, mittelst einer besonderen Klage geltend zu machen. Er ging hiebei von nachstehenden Betrachtungen aus: „Das a. b. G. B. und die demselben nachgefolgten Erläuterungen bezeichnen ausdrücklich diejenigen Verträge, die der h. Gesetzgeber für unerlaubt angesehen wissen wollte, und es unterliegt keinem Zweifel, daß einem erlaubten Vertrage was immer für eine Bedingung beigefügt werden kann, wenn sie nur verständlich, möglich und

erlaubt ist. Deshalb muß die in Frage stehende Schenkung vom 13. März 1850, ihrem ganzen Umfange nach, als giltig und wirksam angesehen werden, und zwar auch bezüglich der dem Kläger auferlegten Verbindlichkeit, die dort bestimmt angegebenen Realitäten nach seinem Tode auf seine Söhne, und in Ermanglung von Söhnen auf seine Töchter und deren Nachkommen zu übertragen, da diese Bedingung weder unverständlich, noch unmöglich, noch unerlaubt ist. Dies erhellt aus dem Inhalte des §. 628 a. b. G. B. in Betreff der Familien-Fideicommisse, die eine Art von fideicommissarischer Substitution sind, deren nur deshalb insbesondere Erwähnung geschieht, weil es sich dort um eine Verfügung handelt, die an die besondere Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt gebunden ist (§. 627 ebd.), während die einfachen Substitutionen, die im Allgemeinen gestattet sind, schon in den vorausgehenden Paragraphen ihre Regelung gefunden haben, mit der einzigen aus der Analogie des §. 612 ebd. herzuholenden Beschränkung, daß sie auch im Wege des Vertrages bei unbeweglichen Gütern nicht über den ersten Grad ausgedehnt werden können, da es dem Interesse des Staates zuwider laufen würde, wenn durch mehrere Generationen hindurch der Fruchtgenuß von der Proprietät getrennt wäre. In der That stellt sich auch die Sache so dar, als hätte B in dem mehrerwähnten Vertrage den Kindern seines Sohnes das Eigenthum, diesem selbst aber den bloßen Fruchtgenuß der bezüglichen Realitäten überlassen, nur mit dem Rechte, auch das vollständige Eigenthum derselben zu erlangen, wenn zur Zeit seines Ablebens keine Nachkommen vorhanden wären, worin sicherlich keine unerlaubte Verfügung gefunden werden kann. Da es sich übrigens um eine unwiderrufliche Schenkung unter Lebenden handelt, so können auf dieselbe nicht die gesetzlichen Bestimmungen über letztwillige Anordnungen, sondern es müssen darauf vielmehr die Grundsätze von Verträgen angewendet werden. Die Frage ist also eigentlich die, ob die zur Zeit der fraglichen Schenkung schon vorhanden gewesenen und die etwa nachgebornen Abstämmlinge des A aus dieser Schenkung bereits das Recht erworben haben, die Realisirung des ihnen zugedachten Vortheiles zu verlangen, ungeachtet jener Vertrag nur zwischen A und B geschlossen wurde, ohne daß ersterer ausdrücklich im Namen seiner Descendenten intervenirte? In dieser Beziehung erscheint nun die Vorschrift des §. 1019 a. b. G. B. als entscheidend, wornach in dem Falle, als Jemand den Auftrag erhalten und angenommen hat, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, dieser Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtigt wurde, das Recht erlangt, gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen. In der That wurde auch dem A der Auftrag zu Theil, an seine Nachkommen das Eigenthum der Güter, die er selbst zum Geschenke erhalten hatte, unentgeltlich zu übertragen. Sowohl die damals schon vorhandenen als die späteren Nachkommen des A konnten nun von diesem Auftrage auf gesetzmäßigem Wege nicht anders benachrichtigt werden, als durch ihren gesetzlichen Vertreter, d. i. den

Kläger selbst (§. 152 ebd.). Dieser hatte aber in dem Augenblicke, als er die Schenkung unter der mehrerwähnten Bedingung annahm, auch von dem Auftrage des Mandanten Nachricht erhalten; es haben demnach auch Nachkommen in demselben Augenblicke das Recht erworben, gegen ihn wie gegen den Machtgeber auf Erfüllung des Auftrages zu klagen. Dies muß umsomehr angenommen werden, als der in Frage stehende Contract zur vollen Perfection gelangte, ja der Geschenkgeber sogar dem Beschenkten auferlegte, das Substitutionsband in den öffentlichen Registern vormerken zu lassen, was dieser in der Folge auch bewerkstelligte. Hierdurch ist nicht nur eine förmliche Annahme des gemachten Versprechens erfolgt, sondern auch eine Art von Uebergabe, wie sie bei dem Stande der öffentlichen Bücher im lombardisch-venetianischen Königreiche sich als möglich darstellt, eingetreten. Damals waltete auch keinerlei Collision zwischen dem Kläger und seinen Kindern ob, in Folge welcher diese durch denselben nicht hätten vertreten werden können. Beide hatten nur ein und dasselbe Interesse, nämlich den Vortheil, den ihnen der Geschenkgeber zuwenden wollte, anzunehmen. Eine solche Collision konnte erst nach Abschließung jenes Vertrages entstehen, nachdem die Kinder das Eigenthum und ihr Vater den Fruchtgenuß der betreffenden Güter erlangt hatten, und Letzterer zum Nachtheile der Ersteren von denselben einen Mißbrauch machen oder sie sich zueignen wollte. Dem steht nicht entgegen, daß das Recht der Kinder von der Bedingung abhing, daß sie ihren Vater überleben würden, da sie dasselbe unzweifelhaft (als ein gehofftes Recht) schon erworben haben, und in ihrem Anspruche daher — zufolge der Anordnung der §§. 22 und 274 a. b. G. B., und vermöge der Analogie aus §. 613 in Verbindung mit §. 629 a. b. G. B. und dem Gub. Decr. v. 31. Juli 1845 — geschützt werden müssen. Aus dem Gesagten geht hervor, daß B eine unwiderrufliche Schenkung zu Gunsten aller dabei Betheiligten gemacht habe, und daß es ihm daher nicht mehr gestattet war, durch das Uebereinkommen vom 26. Jänner 1854 jenen Vortheil, auf welchen die Nachkommen des A bereits ein, wenngleich bedingtes Recht erlangt hatten, wieder zu vernichten, und ebensowenig konnte A hierzu einwilligen, indem er dadurch seine Kinder eines ihnen zukommenden Vortheiles beraubt haben würde. Es mußte daher das Urtheil des Oberlandesgerichtes bestätigt werden, wobei jedoch dem Kläger nach Inhalt des §. 316 ital. G. O. (§. 326 westgal. G. O.) das Recht vorbehalten werden konnte, die in Frage stehende Schenkung aus einem anderen Grunde anzufechten."

Nr. 424.

Unzulässigkeit der unmittelbaren Executionsführung auf Staatsvermögen.

Entsch. vom 5. August 1857, Nr. 7695 (Aufhebung der Bescheide des Com. G. Unter-Kubin vom 6. Febr. 1857, Nr. 284, und des O. L. G. Preßburg v. 12. Mai 1857, Nr. 3269). Zeitschr. f. Gesetzkunde, Jahrg. III. Nr. 20.

Auf Grund zweier gleichlautender Urtheile suchte A gegen die Stiftungsfondsherrschaft B um executive Pfändung und Schätzung des ihr gehörigen Holzmaterials an. Die erste Instanz wies dieses Gesuch wegen der von der Finanzprocuratur ergriffenen außerordentlichen Revisionsbeschwerde ab. Die zweite Instanz gab dem Gesuche statt, weil die außerordentliche Revisionsanmeldung keinen Suspensiveffect hat, und trug der ersten Instanz die Vollziehung auf. Der oberste Gerichtshof hat „in Erwägung, daß auf Staatsvermögen und öffentliche Cassen unmittelbar keine Execution geführt werden kann, die beiden unterrichterlichen Bescheide aufzuheben und anzuordnen befunden, daß das Comitatsgericht vom Oberlandesgericht angewiesen werde, das Executionsgesuch des A der betreffenden Finanzbehörde mit der Eröffnung, daß die gleichförmigen untergerichtlichen Urtheile (welche auch im Wege der außerordentlichen Revision mittlerweile bestätigt worden waren) rechtskräftig und executionsfähig sind, sowie mit genauer Angabe des Executionsbetrags zur Veranlassung der Zahlungsanweisung zu übermitteln".

Nr. 425.

Executionsführung auf Privatforderungen des Schuldners durch gerichtliche Einantwortung derselben.

Entsch. vom 11. August 1857, Nr. 7857 (Best. der gleichförmigen Bescheide des L. G. Brünn v. 8. Mai 1857, Nr. 2040, und des O. L. G. Brünn v. 2. Juni 1857, Nr. 4317). G. Z. 1858, Nr. 378.

Auf Grund einer in Rechtskraft erwachsenen wechselrechtlichen Zahlungsauflage per 1875 fl. hat die Firma A um Bewilligung der executiven Pfändung und Schätzung des Mobilarvermögens des Schuldners, und zugleich um executive Einantwortung mehrerer postenweise angegebenen, für den Schuldner B bei einigen Personen aushaftenden Forderungen nach Maßgabe der der Firma A zustehenden Wechselforderung. Die erste Instanz bewilligte mit Bescheid vom 10. März 1857, Nr. 1011, die executive Einantwortung der genannten Buchforderungen im Ganzen per 1246 fl. 12 kr. CM., und die gebetene executive Pfän-

dung und Schätzung des Mobilarvermögens, diese jedoch nur mit Restriction auf den nach Abzug der eingeantworteten Buchforderungen noch erübrigenden Betrag von 628 fl. 48 kr. CM. Dieser Bescheid erwuchs in Rechtskraft. Am 1. Mai 1857 bat die Firma A, nachdem dieselbe die Mobilarexecution sistirt hatte, unter der Angabe, daß die meisten der eingeantworteten Forderungen per 1246 fl. 12 kr. sich als illiquid erwiesen hätten, um executive Einantwortung eines für B bei X deponirten Betrags per 434 fl. 4 kr. Die erste Instanz bewilligte die gebetene Einantwortung, restringirte jedoch zugleich die bezüglich der restlichen Wechselforderung per 628 fl. bewilligte Mobilarexecution auf den nach Abzug des eingeantworteten Betrags per 434 fl. 4 kr. verbleibenden Rest dieser Forderung per 194 fl. 44 kr. Gegen diese Restriction recurrirte A. Die zweite Instanz verwarf diesen Recurs, desgleichen die dritte Instanz den außerordentlichen Recurs unter gleichzeitiger Verfällung des Recurrenten in eine Muthwillensstrafe von 10 fl. „in der Erwägung, daß die Fabriksfirma A sich gegen den Bescheid des Handelsgerichts vom 10. März 1857, Nr. 1011, nicht beschwerte, in welchem bereits grundsätzlich ausgesprochen ist, daß das Begehren um executive Einantwortung einer Forderung die Erklärung in sich schließe, dieselbe an Zahlungsstatt annehmen zu wollen; in der Erwägung, daß dieser Grundsatz dem §. 314 a. G. O. entspricht, und in dem späteren Bescheid des Handelsgerichts vom 8. Mai 1857, Nr. 2040, nur wiederholt angewendet wurde; in der Erwägung endlich, daß der Executionsführer die Uneinbringlichkeit der ihm eingeantworteten Forderungen bisher nicht nachgewiesen hat, überhaupt aber in den gleichlautenden Entscheidungen der unteren Instanzen eine offenbare Gesetzwidrigkeit durchaus nicht wahrnehmbar ist".

Nr. 426.

Competenz zur Abhandlung über ein in Grundentlastungsobligationen bestehendes Lehenvermögen.

Entsch. v. 13. August 1857, Nr. 8114. G. Z. 1858, Nr. 150.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Der §. 77 der Jur. N. vom 20. November 1852 stellt als Regel den Grundsatz auf, daß die Verlassenschaftsabhandlung dem Bezirksgericht zustehe, in dessen Sprengel der Verstorbene seinen Wohnsitz hatte. Hievon ordnet §. 78, resp. §. 49, lit. a dieser Jur. N. eine Ausnahme für den Fall an, da das abzuhandelnde Vermögen in landtäflichen oder anderen Gütern besteht, worüber ein öffentliches Buch beim Gerichtshof erster Instanz zu führen ist, indem die Abhandlung über ein solches Vermögen

dem betreffenden Gerichtshof zugewiesen wird. Besteht nun ein nachgelassenes Lehensvermögen in Grundentlastungsobligationen, so muß der angeführte Ausnahmsgrundsatz zur Anwendung kommen, weil diese Obligationen an die Stelle des unbeweglichen Lehens getreten, sohin ihrer Natur nach als unbewegliche Sachen zu behandeln sind."

Nr. 427.

Bestreitung der Giltigkeit einer Execution im Wege der Einrede.

Entsch. v. 21. August 1857, Nr. 7954 (Best. des Urtheils des Kr. G. Neustadtl v. 2. Juli 1856, Nr. 621, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Graz v. 17. März 1857, Nr. 1847). G. Z. 1858, Nr. 91.

Bei der in der Rechtssache des X gegen Y vorgenommenen executiven Versteigerung der Hube Nr. 14 zu G wurde diese von A erstanden und demselben auch im öffentlichen Buche ordnungsmäßig zugeschrieben. Zu der fraglichen Hube gehörten unter Anderem auch nach Ausweis des Grundbuches mehrere Parcellen, welche B im physischen Besitze hatte, der aber die Herausgabe derselben an A verweigerte, weil er diese Gründe bereits vor der erwähnten Executionsführung angeblich von dem Eigenthümer Y durch Tausch erworben hatte, und deswegen die Rechtsbeständigkeit des Executionsactes anfocht. A trat demnach klagend auf, und erwirkte in erster Instanz die Verurtheilung des B zur Herausgabe der gedachten Grundparcellen. Dieses Urtheil wurde zwar in zweiter Instanz aufgehoben, von Seite des obersten Gerichtshofes aber bestätigt, und zwar aus folgenden Gründen: „A erscheint durch die auf Grundlage der gerichtlichen Veräußerung erfolgte Gewähranschreibung als Eigenthümer der eingeklagten Gründe, weshalb er auch berechtigt ist, dieselben von dem sie ihm vorenthaltenden Geklagten gerichtlich zu fordern; dagegen ist die Einwendung des Letzteren, daß die geführte Execution, worauf die bücherliche Anschreibung des Klägers beruht, bezüglich der eingeklagten Gründe nicht zu Recht bestehe, keineswegs geeignet, einen Spruch über die Ungiltigkeit der Execution, und sohin die Gewähranschreibung des Klägers zu veranlassen, da ein solcher Ausspruch vielmehr durch eine eigene Klage erwirkt werden müßte."

Nr. 428.

Bestätigung eines allographen Testaments durch Bejahung der von den Zeugen gestellten Frage, ob die vorliegende Urkunde die Erklärung des letzten Willens enthalte.

Entsch. v. 26. August 1857, Nr. 6070 (Bestätigung der gleichförmigen Urtheile des L. G. Mailand v. 31. Dec. 1857, Nr. 21893, und des O. L. G. Mailand v. 26. März 1857, Nr. 3763). G. Z. 1858, Nr. 117.

Ein schriftliches Testament wurde vom Bruder der Erblasserin aus dem Grunde bestritten, daß sie die ausdrückliche im §. 579 a. b. G. B. geforderte Erklärung nicht abgegeben habe, daß sie auf die Frage, ob die vorliegende Urkunde ihren letzten Willen enthalte, nur mit einem einfachen „Ja" geantwortet habe. Durch die Aussagen der darüber vernommenen Zeugen wurde constatirt, daß die Erblasserin auf die oben angeführte Frage mit „ja wohl" in Gegenwart aller drei Zeugen geantwortet und ebenso in Gegenwart aller Drei die Urkunde unterzeichnet habe. Die Gerichte erster und zweiter Instanz erklärten diese Thatsachen als genügend zur Aufrechthaltung des Testaments, da die Bestimmung des §. 565 a. b. G. B., wornach die einfache Bejahung eines Vorschlags als ungenügend erklärt wird, nur vom mündlichen Testamente gelte.

Der oberste Gerichtshof wies die vom Kläger angesuchte außerordentliche Revision ab, „in Erwägung, daß der Kläger die Echtheit der Unterschriften sowohl der Erblasserin als der Zeugen, die auf der letztwilligen Erklärung erscheinen, nicht bestritt; daß dieses Testament mit allen vom Gesetz verlangten äußeren Förmlichkeiten versehen ist, und daß aus der Vernehmung von zwei Testamentszeugen hervorgeht, daß auch die Vorschrift des §. 579 a. b. G. B. befolgt worden ist".

Nr. 429.

Unzulässigkeit des Gegenbeweises zur Abwendung des rechtskräftig zuerkannten Schätzungseides.

Entsch. v. 26. August 1857, Nr. 8340 (Best. des das Urtheil des H. G. Triest v. 20. Februar 1857, Nr. 1460, abändernden Urtheils des O. L. G. Triest v. 28. Mai 1857, Nr. 1623). Eco d. Trib. 1858, S. 107. G. Z. 1858, Nr. 136.

Es war auf einen Schätzungseid rechtskräftig erkannt und derselbe angetreten worden. Bei der Eidestagsatzung erbot sich der Gegner auf Grund des §. 231 a. G. O. zum Gegenbeweis über den zu beschwörenden Werth. Die erste Instanz ließ diesen Gegenbeweis zu; die

zweite und dritte Instanz erklärten ihn für unzulässig, und zwar die dritte Instanz „in der Erwägung, daß wohl im §. 231 a. G. O. die Zulassung eines Gegenbeweises gegen jeden Eid ohne Unterschied gestattet wird, daß jedoch das Hofdcr. vom 30. October 1788, Nr. 911 J. G. S. (Wessely I, Nr. 766), nur einen aufgetragenen Eid erwähnt, wodurch das ursprüngliche Gesetz auf den Haupteid eingeschränkt wird".

Nr. 430.

Beschaffenheit des im §. 543 a. b. G. B. erwähnten gerichtlichen Geständnisses.

Entsch. vom 26. August 1857, Nr. 8757 (Best. des Urtheils des L. G. Prag v. 25. Nov. 1856, Nr. 55189, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Prag v. 27. Mai 1857, Nr. 4574). G. Z. 1857, Nr. 136.

In einem Erbrechtsstreit um die Verlassenschaft des M, der mit Hinterlassung eines Testamentes starb, in welchem die B zur Erbin eingesetzt war, handelte es sich um die Frage, ob das von der B im Jahre 1839 aus Anlaß eines Diebstahls, dessen sie verdächtigt war, vor der Stadthauptmannschaft in Prag gemachte und daselbst zu Protokoll genommene Geständniß, mit dem verheiratheten M fleischlichen Umgang gehabt zu haben, als ein gerichtliches, vollkommen beweiskräftges Geständniß im Sinne des §. 543 a. b. G. B. angesehen werden könne oder nicht. Die erste Instanz verneinte diese Frage aus folgenden Gründen: „Die k. k. Polizeidirection war zur Untersuchung der Uebertretung des Ehebruchs nicht competent, und das vor derselben abgelegte Geständniß kann daber nicht als beweiswirkend angesehen werden. Auch hat die Geklagte ihr bei der k. k. Polizeibehörde abgelegtes Geständniß bei dem Magistrate widerrufen, und es hat sonach dieses widerrufene Geständniß zufolge §. 399 lit. a Str. G. B. vom Jahre 1803 nicht die Kraft eines rechtlichen Beweises (Hofdecret vom 14. September 1804, Nr. 683 J. G. S.)." Die zweite Instanz hielt dieses Geständniß für vollkommen beweiskräftig, „da, wenngleich die Stadthauptmannschaft eine politische Behörde, und zur Untersuchung und Bestrafung des Ehebruchs der Magistrat zu Prag competent war, doch ersterer nach der damaligen Gerichtsverfassung die Erhebung des Thatbestandes und die Voruntersuchung, also die Vornahme strafgerichtlicher Acte zukam, sowie auch andererseits im Civilverfahren bei Schließung von Vergleichen u. s. w. den von ihr gepflogenen Amtshandlungen die Eigenschaft gerichtlicher Acte zustand. Da nun bei Gelegenheit des mit der B aufgenommenen Protokolls dieselbe aus Anlaß der Untersuchung eines

30*

vorgekommenen Diebstahls einvernommen wurde, stellt sich ihr Geständniß des Ehebruchs mit M, obgleich die Einvernehmung nicht darauf gerichtet war, dennoch als ein gerichtlich abgelegtes dar, und obgleich das auf Grund desselben vom Prager Magistrate... gefällte Strafurtheil durch Decret des k. k. Landesguberniums... behoben worden ist, kann hiedurch die Beweiskraft des Geständnisses für die Civilrechtsfrage des §. 543 a. b. G. B, nicht geschwächt werden, da sich die Behebung nur auf die Abstrafung bezog, und die Richtigkeit des Geständnisses durch die Richtigkeit des Endspruches nicht bedingt ist."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, theils mit Berufung auf die Gründe derselben, theils mit folgender Motivirung: „Das fragliche Verhör wurde mit der Geklagten nicht behufs einer Untersuchung wegen des Ehebruchs, worüber auch nicht der Stadthauptmannschaft, sondern dem Magistrate die Gerichtsbarkeit zustand, sondern es wurde behufs der Untersuchung wegen eines Diebstahls vorgenommen, dessen sie verdächtigt, hierwegen in Verhaft gebracht, zur Verantwortung gezogen, und insbesondere aufgefordert wurde, sich zu rechtfertigen, wie sie zum Besitze des gestohlenen Stoffes gelangt sei. Es handelte sich also um ihre Vertheidigung im Anklagestande wegen des ihr zugemutheten Diebstahls, und wenn sie bei einem solchen Anlasse vorgebracht hatte, den erwähnten Stoff von M zum Geschenke erhalten zu haben, und wenn sie den Grund dieses Geschenkes durch ihr Verhältniß mit demselben glaubwürdig zu machen suchte, so wird man dieses Vorgeben, wenn auch nicht gerade wegen des besagten Verhältnisses, doch wegen des vorgeschützten Geschenkes in Zweifel zu ziehen Ursache haben und auf das ganze Geständniß wenig Gewicht legen können; am allerwenigsten aber, und um so minder kann daraus ein gerichtliches beweismachendes Geständniß des Ehebruchs hergeholt und in dem vorliegenden Processe wegen Ungiltigkeit des Testaments des M nach §. 543 a. b. G. B. zur Geltung gebracht werden, weil es sich, wie schon bemerkt, bei dem Verhöre nicht um den Ehebruch, sondern um einen der Geklagten schuld gegebenen Diebstahl handelte, weil darüber auch nicht der Stadthauptmannschaft, sondern dem Magistrate die Gerichtsbarkeit zustand; weil sie nach §. 399 lit. a des Str. G. vom Jahre 1803 und nach Hofdcr. vom 14. September 1804, Z. 683, das Bekenntniß widerrufen konnte und dasselbe auch wirklich widerrufen hat, das Protokoll auch von der competenten Strafbehörde nicht für ausreichend erachtet, und die Geklagte auch nicht des Ehebruchs für schuldig befunden wurde."

Nr. 431.

Verpflichtung der aus dem Erlös eines executiv feilgebotenen Grundstückes befriedigten Gläubiger, im Falle der Eviction des Grundstückes den empfangenen Kaufschilling zurückzuerstatten.

Entsch. v. 3. Sept. 1857, Nr. 7971 (Best. des das Urtheil der Prätur Arzignano vom 4. Juli 1856, Nr. 4715, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig vom 13. Nov. 1856, Nr. 19205). Giorn. di Giurispr. pr. 1857, S. 495 ff.

A hatte bei der durch B erwirkten Feilbietung verschiedener dem M gehörigen Grundstücke diese unter dem Schätzungspreise mit 3415 L. A. erstanden. Als bereits der Kaufschilling berichtigt und vertheilt war, machte N sein Eigenthumsrecht an einigen dieser Grundstücke geltend, und es wurde dasselbe auch gerichtlich anerkannt. A klagt nun wider den Executionsführer B und die Gläubiger, welche etwas von dem Kaufschilling erhielten; und zwar ist sein Begehren zunächst wider B gerichtet, welcher verurtheilt werden soll, den durch Schätzung der evincirten Grundstücke festzustellenden Betrag, dann die Kosten des mit N geführten Processes zu ersetzen — eventuell sollen die erwähnten Gläubiger zur Rückerstattung des bezogenen Kaufschillingsantheils in gleichem Betrag verurtheilt werden. Die erste Instanz wies den Kläger mit seinem Begehren vollständig ab, theils aus Gründen, welche sie aus der Auslegung der Feilbietungsbedingnisse zog, theils weil sie annahm, daß als Verkäufer im Fall einer gerichtlichen Feilbietung, nicht wie Kläger ausführt, der Executionsführer, sondern der Richter anzusehen sei, welcher den Verkauf für Rechnung des Schuldners vornimmt. Die zweite Instanz wies den Anspruch auf Ersatz der Kosten des gegen N geführten Processes ebenfalls zurück, gab aber im Uebrigen dem Eventualbegehren der Klage statt, indem sie die sämmtlichen Geklagten verurtheilte, dem Kläger 694 Lire, als den Betrag, auf welchen die fraglichen Grundstücke geschätzt sind, zum Ersatz des zur Ungebühr erhaltenen Kaufschillings, nach Maßgabe der bezogenen Quoten, zu ersetzen. Diese Entscheidung wurde vom obersten Gerichtshofe unter Adoptirung der nachstehenden Entscheidungsgründe der zweiten Instanz bestätigt: „Als Verkäufer muß ohne Zweifel der Execut N angesehen werden, wenn dieser gleich nicht freiwillig den Verkauf vorgenommen hat, jedenfalls kann der Executionsführer nicht der Verkäufer sein, da ihm das Eigenthum der gerichtlich feilgebotenen Gegenstände nicht zustand; er kann also auch nicht zur Gewährleistung angehalten werden. Eine Verpflichtung, den Schaden zu ersetzen, welchen der Ersteher erlitten hat, könnte ihm nur dann auferlegt werden, wenn bewiesen wäre, daß ihm bei der Herbeiführung und Durchführung einer Feilbietung von Sachen, die nicht seinem Schuldner gehören, ein Verschulden zur Last fiel... Es mußte also nicht blos die

gegen den Executionsführer B gerichtete Klage auf Gewährleistung abgewiesen, sondern auch der Anspruch auf Ersatz der durch den Vindicationsproceß herbeigeführten Kosten, als jeder gesetzlichen Grundlage entbehrend, zurückgewiesen werden, wie dieses schon in erster Instanz geschehen ist. Der Kläger hat jedoch eventuell noch das Begehren gestellt, daß die Satzgläubiger verurtheilt werden sollen, ihm denjenigen Theil des Kaufschillings zurückzuersetzen, welchen sie mit Rücksicht auf die nunmehr ihm wieder entzogenen Grundstücke zu viel erhalten haben, — einen Betrag, welcher nunmehr durch gerichtliche Schätzung festgestellt ist. Für die Zulassung dieses Begehrens sprechen nun folgende Erwägungen:

1. Daß der Ersteher A, als er das Meistgebot machte und den Kaufschilling bezahlte, dabei von der Voraussetzung ausging, daß er alle im Feilbietungsedicte erwähnten Grundstücke erhalten werde, und daß die Zahlung ein Entgelt für alle diese Grundstücke sei; nur im Vertrauen darauf ließ er sich auf diesen Meistbotbetrag ein, und nur im Vertrauen darauf leistete er zu Gunsten der Gläubiger die Zahlung.

2. Da ihm nun ein Theil der Grundstücke entzogen worden ist, hat er in Folge eines Thatirrthums mehr gezahlt als er zu zahlen verpflichtet war, nämlich einen das Entgelt für das wirklich Erlangte übersteigenden Betrag. Es findet daher seine Klage auf Zurückstellung des zur Ungebühr Bezahlten ihre volle Begründung im §. 1431 a. b. G. B.

3. Die Pfandgläubiger haben, indem sie auch jenen Theil des Kaufschillings erhielten, welcher die Grundstücke vertritt, die A nicht erlangt hat, mehr erhalten, als ihnen gebührte, und es kann ihnen nicht gestattet werden, sich mit dem Schaden des Erstehers zu bereichern.

4. Es ist zwar hier nicht an der Zeit, über das Schicksal der Pfandrechte zu entscheiden, welche auf den dem Ersteher entzogenen Grundstücken hafteten, allein es kann auch schon jetzt mit Bestimmtheit angenommen werden, daß, wenn die Gläubiger die Eintragung auf die Realität erst in einer späteren Zeit erlangten, als in welcher der Titel des gegenwärtigen Eigenthümers der Grundstücke begründet wurde, ihr Pfandrecht ungiltig ist, während umgekehrt, wenn dasselbe aus einer früheren Zeit herrührt, es durch die erfolgte Licitation nicht erloschen ist, da die fraglichen Grundstücke in dieselben nur irrthümlicher Weise einbezogen worden sind. Aus all dem folgt, daß sie ein Recht auf den mit Rücksicht auf jene Grundstücke bezahlten Kaufschilling nicht haben, und daß daher dem Kläger jenen gegenüber ein Recht auf Ersatz dieses Ueberschusses zugesprochen werden mußte."

Nr. 432.

Object des Sicherstellungsrechtes der Gläubiger eines Notherben.

Entsch. vom 3. Sept. 1857, Nr. 8972 (Best. des das Decret des B. G. Sechshaus vom 4. Mai 1857, Nr. 6990, abändernden Decretes des O. L. G. Wien v. 10. Juni 1857, Nr. 7086). G. Z. 1858, Nr. 153.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Zwischen den Sicherstellungsmitteln, welche der Gläubiger eines Notherben gegen diesen ergreifen darf, und jenen, welche dem Gläubiger eines andern Erben wider denselben zustehen, besteht ein wesentlicher Unterschied. Das Hofdcr. vom 3. Juni 1846, Nr. 968 (Michel II, Nr. 1191), verfügt in Erläuterung des §. 822 a. b. G. B., daß der Gläubiger des Erben Verbot, Pfändung oder Vormerkung nur auf einzelne Erbschaftssachen, nicht aber auf das Erbrecht im Ganzen führen könne. Da nun dem Notherben nach Hofdcr. vom 31. Jänner 1844, Nr. 781 (Michel II, Nr. 1139), kein Anspruch auf verhältnißmäßige Antheile an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Sachen, sondern nur auf den nach der gerichtlichen Schätzung zu berechnenden Werth des vom Nachlaßvermögen auf ihn entfallenden gesetzlichen Antheils zusteht, so kann auch der Gläubiger des Notherben nur auf das diesem zukommende Forderungsrecht rücksichtlich eines aliquoten Theils des Werthes der Verlassenschaft greifen, wobei sich von selbst versteht, daß die Pfändung nur die seiner Zeit, nach Würdigung der sonstigen Ansprüche an den Nachlaß, auszumittelnde Pflichttheilsforderung treffen könne."

Nr. 433.

Zulässigkeit der Hypothekarklage gegen den dritten Besitzer der Pfandsache, ohne vorhergegangene oder gleichzeitige Belangung des (in Concurs verfallenen) Personalschuldners.

Entsch. vom 9. Sept. 1857, Nr. 5988 (Best. des Urtheils des L. G. Vicenza vom 14. Nov. 1856, Nr. 7492, theilweise Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 3. März 1857, Nr. 3550). Giornale di Giurispr. pr. 1857, S. 428 ff. Eco d. Trib. 1858, S. 124 ff.

Nr. 434.

Unstatthaftigkeit des Abzugs der Einkommensteuer von dem auf einer Realität sichergestellten Legat einer jährlichen Geldleistung.

Entsch. v. 10. Sept. 1857, Nr. 7976 (Best. des das Urtheil der Prätur Brünn vom 22. Februar 1857, Nr. 1135, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig vom 27. Mai 1857, Nr. 8610). Eco d. Trib. 1857, S. 355. G. Z. 1858, Nr. 136.

Die M hatte in ihrem Testamente vom 17. August 1829 ihren Erben aufgetragen, einem bestimmten kirchlichen Fond jährlich 800 Lire für Messen und Acte der Wohlthätigkeit zu zahlen; dieses Legat wurde dem Willen der M zufolge auf sämmtlichen Verlassenschaftsrealitäten sichergestellt. Der Erbe, welcher bis zum Jahre 1856 regelmäßig die 800 Lire zahlte, berief sich hierauf auf §. 31 des Einkommensteuer-Patentes vom 11. April 1851, wornach er zu einem Abzug von 5% berechtigt sei, und klagte auf Rückstellung dessen, was er seit 1851 zu viel gezahlt habe. Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt; die zweite Instanz dagegen wies dasselbe zurück. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz „in der Erwägung, daß die Erblasserin, indem sie zur Sicherstellung der Erfüllung ihrer Anordnung den Verwalter des bezüglichen kirchlichen Fondes aufforderte, die Eintragung des Pfandrechtes in die öffentlichen Bücher zu erwirken, nichts an der Verpflichtung der Erben, das jährliche Legat im genau angegebenen Betrag von 800 Lire zu entrichten, geändert hat; daß ferner der Kläger als Repräsentant der Erblasserin und als deren Erbe erscheint, und daher sein Recht auf den Abzug der 5% vom Legat unvereinbar ist mit der ihm persönlich obliegenden Verpflichtung, es ohne irgend einen Abzug auszuzahlen".

Nr. 435.

Klage auf Zahlung von Miethzinsen, welche nach Eröffnung des Concurses fällig geworden sind, gegen die Vermögensverwaltung der Concursmasse gerichtet.

Entsch. v. 16. Sept. 1857, Nr. 9601 (Aufhebung des das Urtheil des L. G. Padua v. 24. März 1857, Nr. 978, aufhebenden Decretes des O. L. G. Venedig vom 26. Juni 1857, Nr. 11600). (Eco d. Trib. 1857, S. 360. G. Z. 1858, Nr. 121.

Nr. 436.

Verpfändung einer Sache, über welche der Verpfänder erst später das Dispositionsrecht erwirbt.

Entsch. v. 22. Sept. 1857, Nr. 9622 (Abänderung der gleichförmigen Decrete des L. G. Wien vom 16. und 24. Juni 1857, Nr. 27003 und 29370, und des O. L. G. Wien v. 4. August 1857, Nr. 9371). G. Z. 1858, Nr. 152.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Eine testamentarische Anordnung, welche verfügt, daß Jemand über ein ihm hinterlassenes Hypothekarcapital erst nach seinem Ableben zu disponiren berechtigt sein solle, hindert den Capitalsbesitzer nicht, Jemanden mit ausdrücklicher Berufung dieser Beschränkung auf dem gedachten Capital ein erst nach seinem Tode realisirbares Pfandrecht einzuräumen."

Nr. 437.

Unerstreckbarkeit der Recursfrist in Grundbuchssachen.

Plenarentsch. vom 29. September 1857, Nr. 9099 (Bestätigung des Decretes des O. L. G. Brünn v. 6. Mai 1857, Nr. 3534). G. Z. 1857, Nr. 127.

Nr. 438.

Zulässigkeit der Execution des wider den Personalschuldner gefällten Urtheils gegen den dritten Besitzer der Pfandsache, der dieselbe während jenes Rechtsstreites erworben hat.

Plenarentsch. v. 29. Sept. 1857, Nr. 9296 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Klattau v. 31. Jänner 1857, Nr. 20, und des O. L. G. Prag vom 9. Juni 1857, Nr. 10271). G. Z. 1858, Nr. 1.

Nr. 439.

Rechtfertigung der Pränotation ohne besonderes Justificirungserkenntniß.

Plenarentsch. vom 29. Sept. 1857, Nr. 9364 (Aufheb. der gleichlautenden Bescheide des H. G. Wien v. 25. Juli 1857, Nr. 38866, und des O. L. G. Wien vom 11. August 1857, Nr. 9641). G. Z. 1858, Nr. 9.

Nr. 440.

Wirkung der Unterfertigung des Buchauszuges durch den Schuldner. Unstatthaftigkeit des Executivprocesses auf Grund eines solchen Buchauszuges.

Entsch. v. 30. Sept. 1857, Nr. 9844 (Abänd. der gleichförmigen Entscheidungen des L. G. Wien v. 4. August 1857, Nr. 36369, und des O. L. G. Wien v. 25. August 1857, Nr. 40314). G. Z. 1858, Nr. 150. Gerichtsh. 1857, S. 298.

Auf Grund eines von dem Schuldner ohne weiteren Beisatz unterschriebenen Buchauszuges war, als auf Grund einer vollen Glauben verdienenden Urkunde, der Executivproceß nach §. 298 a. G. O. und Hofkanzleidecret vom 25. Mai 1839, Nr. 358 J. G. S. (Wessely I, Nr. 1202) eingeleitet worden. Diese Verfügung der ersten Instanz ward von der zweiten bestätigt. Allein der oberste Gerichtshof gab dem Recurse statt „in der Erwägung, daß die Unterfertigung des Conto's ohne jede weitere Erklärung im Sinne der §§. 119 und 120 a. G. O. und des Patentes vom 12. Dec. 1785, Nr. 502 (Wessely I, Nr. 633), wohl die halbe Beweiskraft des Handlungsbuches über die sonstige gesetzliche Dauer hinaus bewahret, — nicht aber schon die Forderung selbst, als auf eine vollen Glauben verdienende, Qualität und Zeit der Leistung festsetzende Urkunde gestützt erscheinen läßt (§. 298 a. G. O., Hofdecret vom 25. Mai 1839, Nr. 358 J. G. S.)“, und ordnete nach Aufhebung der beiden unterrichterlichen Bescheide die Einleitung des Verfahrens gemäß §. 16 a. G. O. an.

Nr. 441.

Provisorische Vertheilung des künftigen Nachlasses durch den Erblasser bei seinen Lebzeiten.

Entsch. vom 6. Oct. 1857, Nr. 8830 (Best. des Urtheils der Prätur Spilimbergo vom 31. Dec. 1856, Nr. 10164, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig v. 24. März 1857, Nr. 6142). G. Z. 1857, Nr. 142.

Im Jahre 1819 wurde der väterliche Nachlaß des M seinen beiden Söhnen A und B eingeantwortet, eine förmliche Theilung desselben jedoch nicht vorgenommen. Nach 36 Jahren begehrte A die Theilung des Nachlasses mit Einbeziehung von 22 Grundparcellen, von denen 9 sich im Besitze des Klägers, 13 im Besitze des Geklagten befanden. B war im Principe mit der vorzunehmenden Theilung einverstanden, stellte aber in Abrede, daß die vom Kläger begehrten 13 Parcellen in den väterlichen Nachlaß einbezogen und gleichfalls getheilt werden sollten, da sich der Vater derselben noch bei seinen Lebzeiten mit A's Einverständniß zu B's Gunsten entäußert habe, und er sie seit dem 1. Jänner 1817 als sein vollständiges und unbeschränktes Eigenthum besitze, daher jedenfalls schon die Verjährung eingetreten sei. Der Kläger behauptete, daß jene Vertheilung, die der Vater bei Lebzeiten vorgenommen habe, nur precario modo geschehen sei, daß der Ersitzung der Parcellen die §§. 1461 und 1462 a. b. G. B., der behaupteten Verjährung seiner Klage aber §. 1481 ebd. im Wege stehe. Die erste Instanz erkannte dem Begehren des Geklagten gemäß. Die zweite Instanz dagegen gab der Klage durchaus Folge aus nachstehenden Gründen: „In Ermangelung eines Beweises von Seite des Geklagten mußte die Behauptung des Klägers, daß die Zuweisung der streitigen Grundparcellen von dem verstorbenen M nur precario modo geschehen sei, umsomehr für wahr angenommen werden, als der Vater in seinem erst drei Monate nach dieser Zuweisung errichteten Testamente über die gedachten Grundstücke neuerlich verfügte. Eine Ersitzung oder Verjährung kommt dem Geklagten nicht zu statten, denn das precarium ist kein Titel zur Ersitzung (§§. 1461 u. 1462 a. b. G. B.), und derjenige, der eine Sache precario modo besitzt, kann auch den §. 1477 a. b. G. B. nicht zu seinen Gunsten geltend machen, da es ihm am guten Glauben gebricht. Bilden daher die fraglichen Grundstücke noch immer einen Theil des beiden Erben gemeinschaftlichen Nachlasses, so kann auch von einer Verjährung im eigentlichen Sinne keine Rede sein, da nach §. 1481 a. b. G. B. die Verbindlichkeit, die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache vornehmen zu lassen, nicht verjährt werden kann.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgender Erwägung: „Wenn auch M sein Vermögen, und zwar im provisorischen Wege, unter seine Söhne vertheilen wollte, so bezog sich dieses zwar nur auf seine Lebensdauer, während welcher er sich seines Eigenthums nicht gänzlich entäußern wollte; allein dieser precäre Zustand

mußte den Söhnen gegenüber aufhören, sobald der Tod des Vaters eintrat. Der bis dahin widerrufliche Besitz verwandelte sich in einen unwiderruflichen, definitiven. Die schon bei Lebzeiten des Vaters in denselben eingesetzten Erben erlangten sofort einen giltigen Titel für denselben. Der Verlauf eines so langen, mehr als dreißigjährigen Zeitraumes fügte zu diesem Titel und zu der ursprünglichen Erwerbungsart noch den Titel der Ersitzung und bezüglich die Verjährung der Eigenthumsklage hinzu, welch' letztere in dem vorliegenden Falle unter der Form einer actio familiae erciscundae oder communi dividundo anzubringen versucht wird. Gegenwärtig handelt es sich nicht um die Theilung einer im gemeinschaftlichen Besitze befindlichen Sache; die heutige Klage ist daher nicht im Sinne des §. 1481 a. b. G. B. unverjährbar. Durch diese Verfügung wollte der Gesetzgeber nur verhüten, daß durch einen bestimmten Zeitverlauf eine erzwungene Gemeinschaft für alle Zukunft begründet werde. Der Kläger beabsichtigt aber vielmehr, die von seinem Vater dem Geklagten zugewiesenen Grundstücke in Anspruch zu nehmen und den langjährigen Besitz des Letzteren anzugreifen, um einen Theil der Güter desselben unter dem Vorwande einer Gemeinschaft zu erlangen, die niemals, weder de facto, noch de jure nach dem Tode des Vaters existirt hat."

Nr. 442.

Nothwendigkeit der specificirten Angabe der noviter reperta in der Restitutionsklage.

Entsch. vom 6. Oct. 1857, Nr. 9435 (Bestätigung des Urtheils des L. G. Wien v. 19. Dec. 1856, Nr. 50284, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien v. 19. Mai 1857, Nr. 3749). G. Z. 1858, Nr. 156.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die Resolution vom 31. Oct. 1785 lit. kk. (Wessely I, Nr. 1338) fordert, daß der Restitutionswerber eine bestimmte Bitte stelle, und sich deutlich erkläre, damit das Urtheil klar anzeigen könne, was eigentlich der Partei durch die bewilligte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuerkannt werde. Nach der Natur dieses im §. 372 a. G. O. begründeten Rechtsmittels kann jene bestimmte Bitte und deutliche Erklärung sich nur auf die ausdrückliche Bezeichnung neuer Thatumstände mit neuen Beweisen oder alter Thatumstände mit neuen Beweismitteln beziehen, welche die Partei nun erst anzugeben in der Lage ist; wenn auch die neuen Beweismittel, deren Beibringung im erneuerten Processe beabsichtigt wird, nicht gerade im Schlußbegehren der Klage wieder aufgezählt werden müssen, so muß doch um so klarer der Context der Klage diesfalls gestellt

sein, wenn der Richter nicht gegen die §§. 8 und 248 a. b. G. B. zu verstoßen Gefahr laufen soll."

Nr. 443.

Einwendung der Streithängigkeit.

Entsch. vom 7. Oct. 1857, Nr. 9383 (Best. des Urtheils des Bez. G. Gföhl vom 23. Oct. 1856, Nr. 2735, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien v. 29. April 1857, Nr. 2461). G. Z. 1857, Nr. 124.

Eine Gemeinde belangte mehrere ihrer Insassen als Besitzer bestimmter Häuser mit einer confessorischen Klage, welche auf vertragsweise Erwerbung der Servitut gestützt wurde. Während des Rechtsstreites stellte sie bei demselben Gericht gegen die Besitzer der besagten Häuser eine zweite confessorische Klage an, worin die nämliche Servitut, jedoch aus einem anderen Grunde — Erwerb durch Ersitzung — geltend gemacht wurde, und das Begehren von jenem der früheren Klage in der Bestimmung des für die alljährliche Ausübung der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Zeitraumes abwich, welche in der zweiten Klage ausgedehnter war, als in der ersten. Auch in Betreff der belangten Personen ergab sich eine Verschiedenheit; es wurden zwar, wie schon bemerkt, in beiden Fällen die Besitzer derselben zehn Häuser geklagt, allein es sind in der späteren Klage noch andere Personen als Geklagte genannt. Bei der über die zweite Klage stattgefundenen Tagsatzung stellten nun die Geklagten, ohne in den Streit sich einzulassen, wegen der Litispendenz nach §. 40 a. G. O. das Begehren um Rückerlag derselben. Die erste Instanz verwarf die von den Geklagten erhobene Einwendung der anhängigen Streitsache. Das Oberlandesgericht hingegen erkannte, ihrer Berufung stattgebend, auf den Rückerlag der späteren Klage. Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: „Nach der Vorschrift des §. 40 a. G. O. soll die Litispendenz nur dazu dienen, um die exceptio fori declinatoria zu begründen; sie hat also nach ihrem Wortlaute keine Anwendung auf den Fall, wo beide Rechtsstreite, der frühere wie der spätere, bei demselben Gerichte schweben. Der Anwendung des §. 40 a. G. O. auf diesen Fall per analogiam aber steht entgegen, daß einer der Gründe jenes Gesetzes, nämlich die naheliegende und deshalb eben zu beseitigende Möglichkeit abweichender Entscheidungen einer und derselben Rechtssache in der ersten Instanz hier nicht eintritt, da in dem Falle der Pendenz beider Processe bei dem nämlichen Richter die Rechtspflege dieser Gefahr regelmäßig nicht ausgesetzt ist. Abgesehen hievon, fehlt aber selbst die im §. 40 a. G. O. gesetzte Bedingung, d. i. die Identität der beiden Processe, welche in dem Grunde, in dem Gegenstande

der Klagen und in den Personen auf Seite der geklagten Partei von einander abweichen."

Nr. 444.

Beneficium competentiae des Schuldners, der seine Güter abgetreten hat, in Ansehung des später erworbenen Vermögens. Umfang und Realisirung dieser Rechtswohlthat.

Entsch. v. 7. Oct. 1857, Nr. 9546 (theilweise Abänderung des das Urtheil des L. G. Padua v. 11. Febr. 1857, Nr. 272, abändernden Urtheils des O. L. G. Venedig v. 3. Juni 1857, Nr. 10252). G. Z. 1857, Nr. 126; 1858, Nr. 149.

Nr. 445.

Wirksamkeit des mündlichen schenkungsweisen Erlasses einer Schuld.

Entsch. vom 13. Oct. 1857, Nr. 10361 (Best. des Urtheils des H. G. Wien vom 23. März 1857, Nr. 13226, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Wien vom 24. Juni 1857, Nr. 5849). G. Z. 1858, Nr. 18.

A klagte den B auf Bezahlung einer Schuld. B wendete ein, daß ihm A die Schuld unentgeltlich mündlich erlassen habe. Es handelte sich nun darum, ob dieser mündliche schenkungsweise Erlaß rechtswirksam sei oder nicht. Die erste Instanz erklärte sich dafür aus folgenden Gründen: „Aus diesem blos mündlich geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geklagten gemäß §. 943 a. b. G. B. kein Klagerecht, allein eine derlei mündliche Schenkung ist deshalb nicht rechtlich unwirksam, ungiltig; wäre dies der Fall, so würde das Gesetz wohl, wie im §. 1249 a. b. G. B. beim Erbvertrag oder im §. 270 a. G. O. beim Vergleich, auf einen Schiedsrichter erklärt haben, daß zur Giltigkeit des Schenkungsvertrages die schriftliche Errichtung nothwendig sei. Auch anderen Verträgen hat das Gesetz das Klagerecht versagt, z. B. Wetten (§. 1271 a. b. G. B.), sie sind aber deshalb nicht ganz ungiltig, sondern haben allerdings rechtliche Wirksamkeit (§. 1432 a. b. G. B.). Letztere äußert sich nun bei einem mündlichen Erlasse der Schuld darin, daß derselbe als Einwendung der Klage des Schenkenden auf Zahlung der Schuld entgegengesetzt werden kann. Wer die Herausgabe einer ihm mündlich geschenkten Sache fordert, hat kein Klagrecht; wenn aber eine Schuld mündlich erlassen wird, dann hat der Beschenkte der Natur der Sache nach

nichts einzuklagen und der Schenkende hat nichts zu leisten. Wird jener aber auf Zahlung der Schuld belangt, so steht ihm allerdings zu, die vom Gläubiger erklärte Verzichtleistung einzuwenden. Der §. 943 a. b. G. B. ist eine Ausnahme von der Regel, daß Verträge mündlich und schriftlich errichtet werden dürfen (§. 883 a. b. G. B.). Die Ausnahme darf nicht weiter gehen, als der klare Wortlaut des Gesetzes vorschreibt; überdies ist bei dem Erlasse einer Verbindlichkeit die Uebergabe des Geschenkten schon in der Erklärung und Annahme gelegen. Die Uebergabe der Schulddocumente dient nur dazu, um die Forderung zu erwerben (§. 427 a. b. G. B.). Die Rückstellung dieser Documente ist aber, wenn es sich um die Befreiung von der Schuld handelt, nicht erforderlich.“ Die zweite Instanz hielt den mündlichen Erlaß für unwirksam aus nachfolgenden Gründen: „Aus dem blos mündlich und ohne irgend welchen Act der Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage kann dem Geklagten nach §. 943 a. b. G. B. kein Klagerecht erwachsen. Bei dem Mangel des Klagerechtes hat aber eine solche Schenkung auch keine rechtliche Wirkung, sie begründet keine Forderung für den Beschenkten; sie würde ihn auch nicht in den Stand setzen, die geschenkte Forderung etwa im Wege der Compensation geltend zu machen; ebensowenig kann aber auch der Geklagte berechtigt sein, diese Schenkung dem Klagsanspruche entgegenzusetzen und die Erfüllung des Schenkungsvertrages auf diesem Wege zu erzwingen.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz unter Beziehung auf ihre Gründe und mit Hinzufügung nachstehender Erwägung: „Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die Eingehung eines neuen Rechtsverhältnisses, sondern nur um die Auflösung eines vorbestandenen, und die Begleichung der daraus abgeleiteten Forderung. Auf diese konnte aber der Gläubiger allerdings, ohne sich an eine bestimmte Form zu binden, auch mündlich verzichten, weil der §. 1444 a. b. G. B. eine derlei Verzichtleistung als vollgiltig zuläßt und dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners für aufgehoben erklärt. Dem auf solche Weise begünstigten Schuldner erwächst dann der Natur der Sache nach, indem er in dem Acte der Erklärung seines Gläubigers sowohl den Titel, als die Uebergabe des geschenkten Objectes im Sinne des §. 428 a. b. G. B. zugleich erreicht hat, das volle Recht, seinen durch die Verzichtleistung geregelten Besitzstand excipiendo zu wahren, und es gehe nicht an, ihn mit dem Geschenknehmer zu verwechseln, der aus einem mündlichen Schenkungsvertrage ohne irgend welche Uebergabe klagbar werden wollte.“

Nr. 446.

Umfang der Bürgschaft. — Gerichtsstand des Zahlungsortes.

Entsch. vom 14. Oct. 1857, Nr. 10446 (Best. der die Entscheidung der Prätur Riva v. 14. Mai 1857, Nr. 4206, abändernden Entscheidung des O. L. G. Innsbruck v. 15. Juli 1857, Nr. 2474). G. Z. 1858, Nr. 5.

Die B hatte sich in der Urkunde vom 13. November 1847 verbindlich gemacht, den A für jeden allfälligen Verlust, den er an seiner Forderung gegen ihren Gatten erleiden sollte, schadlos zu halten, und ihn aus Eigenem zu bezahlen (tenere indenne da qualunque perdita, e di pagare del proprio). Auf Grund dieser Urkunde klagte A die B bei der Prätur Riva, weil ihr verstorbener Gatte die fragliche Zahlung an diesem Orte zu leisten gehabt hätte. Die Geklagte wendete die exceptio fori ein, da sie in Gargnano, nicht in Riva ansäßig sei. Die erste Instanz gab dieser Einrede nicht statt, weil die Geklagte sich durch die erwähnte Erklärung anheischig gemacht habe, den Kläger schadlos zu halten, d. h. die Verbindlichkeit des Schuldners insoweit, als er dieselbe nicht erfüllen sollte, zu übernehmen, und weil diese Verbindlichkeit des Schuldners auch dahin ging, die Zahlung in Riva zu leisten. Die zweite Instanz gab ihr statt. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil nach §. 1353 a. b. G. B. die Bürgschaft nicht weiter ausgedehnt werden darf, als sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat, die Geklagte sich aber blos verpflichtet hatte, den Kläger bezüglich der Schuld ihres Mannes für jeden Verlust schadlos zu halten, und in jedem Falle diese Schuld aus ihrem Eigenen zu bezahlen, diese Erklärung aber eine Verbindlichkeit, dort, wo ihr Gatte zahlen sollte, d. i. in Riva, zu zahlen, nicht in sich enthält.

Nr. 447.

Einverständniß auf das summarische Verfahren. Frist zur Appellationsanmeldung.

Entsch. v. 14. Oct. 1857, Nr. 10449 (Aufhebung der Entscheidung des O. L. G. Innsbruck v. 4. August 1857, Nr. 2766). G. Z. 1858, Nr. 6.

Auf die Klage des A wurde vom Bezirksamte Bludenz mittelst Bescheides vom 5. Mai 1857 das ordentliche mündliche Verfahren eingeleitet. Im Protokoll vom 2. Juni 1857 trafen die Parteien das Einverständniß auf das summarische Verfahren. Am 12. Juni 1857 erfloß das Urtheil, und wurde dem Kläger am 26. d. M. zugestellt. Am 10. Juli 1857 meldete der Kläger die Appellation an. Das Bezirksamt

ordnete dem Begehren gemäß eine Tagsatzung zur Verhandlung der Appellation an, bei welcher sich der Geklagte anstandslos in die Erstattung der Appellationseinrede einließ. Das Oberlandesgericht erachtete aber, daß die Appellationsanmeldung nach §. 48 des Gesetzes über das summarische Verfahren als verspätet von Amtswegen hätte zurückgewiesen werden sollen, und wies den ersten Richter an, in diesem Sinne sein Amt zu handeln. Der oberste Gerichtshof erkannte, daß das Oberlandesgericht in merito zu entscheiden habe, „da beide Theile genügend zu erkennen gegeben hätten, daß sie sich in dem zum ordentlichen Verfahren allerdings geeigneten Gegenstande nur in der Hauptverhandlung in der ersten Instanz auf das summarische Verfahren verglichen haben wollten."

Nr. 448.

Aufforderungsklage wegen einer behaupteten Berühmung.

Entsch. v. 15. Oct. 1857, Nr. 7438 (Best. des das Urtheil des B. G. Zwettel vom 19. Juni 1856, Nr. 1919, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 27. Jänner 1857, Nr. 13092). G. Z. 1857, Nr. 141.

In einer Eingabe an den Ortsvorstand der Gemeinde A stellte B, Doppellehenbesitzer in dieser Gemeinde, die Bitte, der Ortsvorstand möge auch ihn mit dem Vortheile der übrigen Gemeindebesitzer gleich bedenken, und auch ihm von dem noch in der Gemeinderegie befindlichen Walde einen seiner Wirthschaft zufallenden Antheil überlassen und zuweisen, widrigens er bemüßigt wäre, diese Gleichstellung und respective Zutheilung, insoweit diese durch das Gemeindegesetz zulässig sei, durch die Bezirkshauptmannschaft zu bewirken. In Folge dieser Eingabe brachte der Ortsvorstand der Gemeinde A gegen B die Aufforderungsklage auf Grund des §. 66 a. G. O. ein. Die erste Instanz gab diesem Begehren statt, indem sie in der gedachten Eingabe eine Berühmung erkannte. Die zweite Instanz wies die klagende Gemeinde zurück; ebenso der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Der Aufforderungsprozeß ist eigentlich eine beschränkende Ausnahme von dem civilrechtlichen Grundsatze, daß es Jedermann freistehe, seine Rechte früher oder später, je nach seinem Interesse geltend zu machen. Bei der Zulassung dieses Rechtsmittels müssen daher die Bedingungen des §. 66 a. G. O. strenge nachgewiesen sein. Die in diesem Paragraph aufgestellte Bedingung: „„wenn sich Jemand gerühmt hat, daß ihm wider einen Dritten ein Recht gebühre,"" muß nun nach der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange dahin ausgelegt werden, daß mit Anmaßung der Bestand eines Rechtes gegen einen Dritten behauptet, somit in die Rechtssphäre desselben eingedrungen, und das rechtliche Interesse

desselben gefährdet werde, eine Auslegung, welche auch dem gemeinen Rechte entspricht, da bewährte Schriftsteller den Provocationsprozeß nach gemeinem Rechte als diejenige Prozeßart bezeichnen, durch welche Jemand befugt wird, einen andern, der durch Verzögerung der Anstellung der Klage, oder durch Ausstreuen unwahrer Behauptungen, aus welchen er Ansprüche ableitet, Schaden zufügt, gerichtlich zur Klage aufzufordern, in welcher Auffassung beide von jeher von der deutschen Praxis angenommenen Arten des Provocationsprozesses, nämlich die provocatio ex lege diffamari und die provocatio ex lege si contendat inbegriffen sind. In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall kann nun in der Eingabe des Geklagten an den Ortsvorstand von A eine Berühmung im Sinne des §. 66 a. G. O. nicht gesehen werden, weil in der Bitte eines Gemeindegliedes an den Gemeindevorstand um gleiche Bedachtnahme auf dasselbe mit den übrigen Gemeindebürgern ebensowenig, als in dem Beisatze, daß es widrigens bemüßigt wäre, diese Gleichstellung und respective Zutheilung.... durch die höhere Behörde zu erwirken, eine die Rechtssphäre der Gemeinde verletzende Anmaßung eines Rechtes liegt."

Nr. 449.

Wirkung der Concurseröffnung auf ein rechtskräftiges Urtheil.

Entsch. v. 20. Oct. 1857, Nr. 6368 (Best. des das Urtheil des L. G. Pavia v. 2. Dec. 1856, Nr. 3014, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 28. März 1857, Nr. 2320). G. Z. 1858, Nr. 156.

Nr. 450.

Anspruch des Zehentberechtigten auf einen Theil der für die Expropriation des zehentpflichtigen Grundes bezahlten Entschädigungssumme.

Entsch. vom 20. Oct. 1857, Nr. 6887 (Best. des Urtheils der Prätur Verona v. 19. August 1856, Nr. 19603, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 11. März 1857, Nr. 4556). G. Z. 1858, Nr. 7.

Ein der A gehöriger Grund wurde expropriirt. Da dem B an diesem Grundstück ein Zehentrecht zustand, so behielt die Expropriationscommission für B von der Ablösungssumme einen Theilbetrag zurück.

Die A nahm nun diesen Betrag in Anspruch, wurde aber von der ersten Instanz mit ihrem Klagebegehren abgewiesen. Die zweite Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß aus folgenden Gründen: „Der Zehentberechtigte hat kein Eigenthumsrecht an dem zehentpflichtigen Grunde; er kann sein Recht nur ausüben, wenn das der Zehentservitut unterliegende Grundstück zehentpflichtige Früchte hervorbringt; er kann aber nicht verlangen, daß der Eigenthümer gerade jene Früchte anbaue, in Bezug auf welche er ein Zehentrecht hat, noch kann er ihm untersagen, über den ausschließlich ihm gehörigen Grund nach Belieben zu verfügen. Wenn daher der dienstbare Grund künftig zu Eisenbahnzwecken verwendet, und der Geklagte verhindert wird, sein Zehentrecht daran auszuüben, weil darauf kein Ackerbau mehr betrieben wird, so steht ihm doch kein Ersatzrecht zu.“

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus nachstehender Erwägung: „Durch die zwangsweise Expropriation des fraglichen Grundes wurde nicht blos der Klägerin ihr Eigenthumsrecht entzogen, sondern auch dem Geklagten unmöglich gemacht, sein Zehentrecht künftighin auszuüben. Es entspricht also den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß der Schade auf jeden Theil im Verhältniß seines Rechtes fällt. Dieses Princip entspricht auch dem Geiste des von der betreffenden Commission in diesem Sinne gehandhabten Gesetzes über die zwangsweise Expropriation. Allerdings würde, wenn keine Expropriation erfolgt wäre, die Eigenthümerin das Recht gehabt haben, in der Cultur und Benützung des Grundes eine das Zehentrecht vereitelnde Aenderung eintreten zu lassen; allein der hier vorliegende Fall ist ein wesentlich verschiedener.“

Nr. 451.

Verzugszinsen vom Saldo eines Conto corrente.

Entsch. vom 21. Oct. 1857, Nr. 9130 (Best. des Urtheils des H. G. Mailand v. 30. März 1857, Nr. 17476, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand vom 8. Juli 1857, Nr. 6016). Gaz. d. Trib. 1857, S. 595.

Nr. 452.

Bedeutung des Ausdruckes „Besitzfähigkeit“ in der kais. Verordnung vom 2. October 1853, Nr. 190 R. G. Bl.

Plenarentsch. v. 21. Oct. 1857, Nr. 9983 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Weiskirchen v. 20. Mai 1857, Nr. 2242, und des O. L. G. Brünn vom 14. Juli 1857, Nr. 5317). G. Z. 1858, Nr. 9.

Nr. 453.

Nichtberechtigung des Verkäufers einer Realität zur Erwirkung der Einverleibung des Eigenthumsrechts des Käufers.

Entsch. vom 22. Oct. 1857, Nr. 10671 (Best. des die Entscheidung des L. G. Wien vom 15. Mai 1857, Nr. 22149, abändernden Bescheides des O. L. G. Wien vom 25. August 1857, Nr. 10403). G. Z. 1858, Nr. 2.

Nr. 454.

Zulässigkeit der Wiedereinsetzung ob noviter reperta gegen ein Urtheil, worin auf Ablegung des Haupteides erkannt ist.

Entsch. v. 27. Oct. 1857, Nr. 10407 (Best. des das Urtheil der Prätur Casalmaggiore vom 17. Febr. 1857, Nr. 372, abändernden Urtheils des O. L. G. Mailand v. 6. August 1857, Nr. 6486). G. Z. 1858, Nr. 27.

Der Deferent des Haupteides suchte die Restitution ob noviter reperta gegen das Urtheil an, indem er sich erbot, den Beweis über die fragliche Thatsache durch einen inzwischen aufgefundenen Zeugen und seinen Erfüllungseid zu führen. Die erste Instanz erkannte auf Unzulässigkeit der Restitution, „in der Erwägung, daß die fragliche Rechtssache zu Ungunsten des Restitutionswerbers bereits durch den Haupteid, also durch einen Vergleich entschieden sei, wogegen im Falle eines Meineids nur ein Criminalprozeß Abhilfe schaffen könne.“ Die zweite Instanz erkannte die Restitution zu, ebenso der oberste Gerichtshof, in der Erwägung, „daß die allgemeine Bestimmung des §. 476 ital. G. O. (§. 372 a. G. O.) für die Zulässigkeit neuer Beweismittel keine Ausnahme in Bezug auf ein durch den Haupteid bedingtes Urtheil macht, und daß solche Beweismittel allerdings dazu beitragen können, die Thatsache, über welche der Eid aufgetragen wurde, in einem wesentlich verschiedenen Lichte

erscheinen zu lassen, besonders wenn der Haupteid mit dem Beisatz des „„Wissens und Erinnerns““ geschworen wurde.“

Nr. 455.

Unzulässigkeit der Bestreitung einer Nachlaßeinantwortung im officiösen Wege nach eingetretener Rechtskraft des Einantwortungsdecrets.

Entsch. v. 27. Oct. 1857, Nr. 10844 (Best. der gleichlautenden Bescheide der Prätur Lecco vom 13. Febr. 1857, Nr. 139, und des O. L. G. Mailand v. 12. August 1857, Nr. 11199). G. Z. 1858, Nr. 31.

Mittelst Decretes vom 2. März 1853 antwortete die Prätur Lecco den Nachlaß des M auf Grundlage des schriftlichen Testaments vom 4. Februar 1848 und der unbedingten Erbserklärung dessen Enkelin ein. Am 7. Jänner 1857 begehrte die gesetzliche Erbin A, welche schon während des Zuges der Abhandlung das Testament angefochten, und um Anordnung einer Tagsatzung zur Vertheilung der Parteirollen angesucht hatte, mit diesem Gesuch jedoch abgewiesen worden war, die Aufhebung der gerichtlichen Einantwortung und die Anordnung einer Tagsatzung zur Treffung eines Einverständnisses über die Parteirollen, dann die mittlerweilige Verwaltung des streitigen Nachlasses im Sinne des §. 812 a. b. G. B., indem sie angab, daß ihre vorlängst abgegebenen Erklärungen fruchtlos geblieben seien, und daß sie erst jetzt Kenntniß von der Einantwortung erlangt habe. Die erste Instanz wies das Gesuch um Wiederaufnahme der Abhandlung ab, und die Klägerin auf den Rechtsweg. Die beiden höheren Instanzen bestätigten diesen Bescheid, „in der Erwägung, daß die Testamentserbin ohne Ungiltigkeitserklärung des Testaments nicht aus dem Besitz und Genuß des Nachlasses gesetzt werden kann, und daß auch die begehrte Tagsatzung nur den Erfolg haben könnte, die A anzuweisen, als Klägerin auf dem Rechtswege aufzutreten.“

Nr. 456.

Berechnung der Frist zur Erstattung der Einwendung des incompetenten Gerichtsstandes bei Streitigkeiten vor Handelsgerichten. Form der Geltendmachung des Ablaufs dieser Frist.

Entsch. v. 27. Oct. 1857, Nr. 10989 (Best. der die Entscheidung des L. G. Verona v. 30. Mai 1857, Nr. 8087, abändernden Entscheidung des O. L. G. Venedig v. 31. August 1857, Nr. 15877). G. Z. 1858, Nr. 17.

Nr. 457.

Recht des Klägers, von der Klage abzustehen.

Entsch. v. 27. Oct. 1857, Nr. 11147 (Best. der Entscheidung des L. G. Verona v. 11. Febr. 1857, Nr. 16884, und des O. L. G. Venedig vom 5. Aug. 1857, Nr. 14039). G. Z. 1858, Nr. 22.

Der Legatar A klagte gegen den Erben B auf Anerkennung des Rechts, auf das ihm angefallene Legat mit der Wirkung zu verzichten, daß dasselbe wieder in die Erbschaftsmasse zurückfalle. B überreichte am 12. Juni 1854 ein Gesuch, worin er ausdrücklich erklärte, sich dem Klagebegehren zu fügen, aber die weitere Bitte damit verband, eine Tagsatzung zur Inrotulirung der Acten anzuordnen, um ein richterliches, executionsfähiges Urtheil über die anhängig gemachte Frage zu erwirken. Die gebetene Tagsatzung wurde auf den 4. August 1854 bestimmt; der Legatar hatte jedoch inzwischen seinen Sinn geändert, und brachte am 3. August 1854 eine Erklärung ein, daß er von der Klage gänzlich abstehe, und bat hievon den Geklagten zu verständigen, den Streit als beendet anzusehen, und dem Geklagten zu bedeuten, daß er das Verzeichniß der Gerichtskosten zur Tagsatzung mitzubringen habe, um die gerichtliche Bestimmung derselben zu veranlassen, und sohin den Ersatz leisten zu können. Bei der Tagsatzung am 4. August 1854 verweigerte A die Inrotulirung der Acten, indem er sich auf die Abstehungserklärung berief; B dagegen beharrte auf seinem Begehren, indem er behauptete, nun, nachdem er sich der Klage gefügt, nachdem er das Legat somit unter Zustimmung des klagenden Legatars übernommen, könne von einem einseitigen Rücktrite keine Rede sein, die Abstehungserklärung des Klägers sei verspätet und nicht mehr rechtswirksam. — Die erste Instanz erkannte hierauf, die Inrotulirung der Acten habe nicht statt, und der Rechtsstreit sei durch die Desistenz-Erklärung des A beendet, da die ital. G. O. im §. 8 (§. 8 westgal. G. O.; vgl. §. 49 a. G. O.) ganz allgemein dem

Kläger von seiner Klage abzustehen gestatte. Auf den Recurs des Geklagten bestätigte die zweite Instanz in der Hauptsache die Entscheidung der ersten Instanz. Der Geklagte begehrte nunmehr im Revisionsrecurse die meritorische Entscheidung. Der oberste Gerichtshof wies denselben zurück „in der Erwägung, daß die Entscheidungen beider unteren Instanzen im Principe gleich sind, und das Recht des Klägers, von der Klage abzustehen, anerkennen; daß der Wortlaut des §. 8 ital. G. O. eine Unterscheidung der Fälle oder eine Beschränkung des Klägers nicht gestattet; daß endlich dem Geklagten freisteht, sein vermeintliches Recht auf das Object des Legates, sei es im Wege der Klage oder der Einwendung, geltend zu machen, aber keineswegs die Entscheidung darüber hier einmengen zu wollen, wo es sich um eine reine Formfrage handelt."

Nr. 458.

Einwilligung des Miethers in den Verkauf der Bestandsache.

Entsch. vom 28. Oct. 1857, Nr. 10110 (Best. des das Urtheil der Stadtprätur Venedig v. 9. Juni 1857, Nr. 23351, abänd. Urtheils des O. L. G. Venedig v. 12. Aug. 1857, Nr. 13675). Eco d. Trib. 1858, S. 53; G. Z. 1858, Nr. 12.

A hat im Hause des B eine Wohnung für längere Zeit gemiethet; der letztere verkauft das Haus ohne Vorbehalt der Fortdauer der Miethe, und A muß in Folge dessen das Haus räumen. Nun verlangt A Entschädigung; B aber behauptet, er habe den Kläger um die Erlaubniß, das Haus zu verkaufen, gebeten, und dieselbe erhalten. — Die erste Instanz ist der Ansicht, daß die Einwilligung in den Verkauf des Hauses noch nicht die Verzichtleistung auf die Entschädigung enthalte, und erkennt die letztere dem Kläger zu; die beiden höheren Instanzen weisen das Klagebegehren ab.

Gründe der dritten Instanz: „Es ist . . . als abwiesen anzusehen, daß A in den Verkauf des Hauses einwilligte, und daß er, wenn er auch nicht ausdrücklich auf eine Entschädigung für die vorzeitige Beendigung des Miethverhältnisses verzichtet hat, doch dem A die Meinung einflößte, daß diese Verzichtleistung in der Einwilligung zum Verkauf des Hauses mitbegriffen sei. In der That bedurfte Letzterer der Zustimmung des Klägers zum Verkauf seines Eigenthums nicht; wenn er sie doch erbat, konnte es nur den Sinn haben, daß er sich Gewißheit darüber verschaffen wolle, daß der Miether keine Entschädigungsansprüche erheben werde. Hätte Kläger erklärt, daß er auf dieselben nicht verzichte, indem er in den Verkauf einwillige, so hätte Geklagter entweder den Verkauf aufgeben, oder die Fortdauer des Miethvertrags bedingen können."

Nr. 459.

Executionsführung auf eine streitige Gegenforderung.

Entsch. v. 28. Oct. 1857, Nr. 10902 (Best des den Bescheid des L. G. Venedig vom 25. Mai 1857, Nr. 8302, abänd. Bescheides des O. L. G. Venedig v. 28. Juli 1857, Nr. 14783). G. Z. 1858, Nr. 96.

A hat gegen B ein Urtheil erwirkt, vermöge dessen Letzterer zur Zahlung von 5058 L. 98 Cent. verpflichtet ist; während dieses Urtheil in Rechtskraft erwachsen ist, hat B seine aus demselben Rechtsverhältniß entspringenden Gegenforderungen im Betrage von 11000 L. durch Klage geltend gemacht, und der dadurch eingeleitete Rechtsstreit ist so weit vorgeschritten, daß die Inrotulirung der Acten angeordnet ist. A führt nun auf Grund jenes Urtheils die Execution, und zwar auf die eben erwähnte Gegenforderung, und erwirkt die Pfändung derselben und die Bewilligung der Feilbietung. Gegen letztere hat B recurrirt, und diesem Recurse hat das Oberlandesgericht stattgegeben; „in Erwägung, daß das Executionsrecht des A nicht bis zur Versteigerung der Forderung gehen kann, welche dem B eben aus dem von A geltend gemachten Rechtsverhältniß erwächst; daß ferner die Forderung entweder im Urtheil anerkannt werden und sodann A gehalten sein wird, sie zu befriedigen, oder sie in seine eigene Forderung einzurechnen, oder sie als nicht zu Recht bestehend anerkannt wird, und sodann kein Object der Execution mehr vorhanden ist". Diese Entscheidung hat der oberste Gerichtshof bestätigt, „in der Erwägung, daß es sich um einen unwiderbringlichen Schaden handelt, daß A durch die Beharrlichkeit, mit welcher er die Versteigerung der fraglichen Forderung verlangt, offenbar die Wirkungen der Compensation zu vereiteln sucht, und daß jedenfalls, da die Entscheidung der Sache nahe bevorsteht, wodurch der wahre Werth der exequirten Forderung bestimmt werden wird, ein hinlängliches Motiv vorhanden ist, die Versteigerung in suspenso zu belassen."

Nr. 460.

Aufrechthaltung eines auf Grund einer der Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, nicht entsprechenden Urkunde ergangenen Zahlungsbefehles.

Entsch. vom 3. Nov. 1857, Nr. 8387 (Best. der das Urtheil des L. G. Mailand vom 26. Sept. 1856, Nr. 17288, aufhebenden Verordnung des O. L. G. Mailand v. 25. Juni 1857, Nr. 6520). Gaz. d. Trib. 1858, S. 123 ff. G. Z. 1858, Nr. 29.

A hatte wider B einen Zahlungsbefehl im Sinne der k. Verordnung vom 21. Mai 1855 (R. G. Bl. Nr. 95) erwirkt; es zeigte sich

jedoch im Laufe der durch die überreichten Einwendungen veranlaßten, auch alle anderen Punkte erschöpfenden Verhandlung, daß die von A beigebrachte Urkunde nicht einen Notariatsact darstelle, und daß daher kein Zahlungsbefehl hätte erlassen werden sollen. Die erste Instanz erkannte daher: der Zahlungsbefehl bestehe nicht zu Recht. Sie bemerkte zur Begründung dieses Urtheils: „Nach §. 4 der Verordnung vom 21. Mai 1855 ist kein Recurs wider einen Bescheid, womit der Zahlungsauftrag bewilligt wird, zulässig; es ist also klar, daß die Partei, wider welche dieser Zahlungsauftrag ergeht, in der nach §. 5 ihr gestatteten Schrift alle Einwendungen geltend machen kann, mithin also auch diejenigen, welche sich auf die Form der Urkunde und darauf beziehen, daß dieselbe zur Begründung des gedachten Zahlungsbefehls nicht geeignet sei. Die entgegengesetzte Auffassung würde zu einer offenbar unhaltbaren Consequenz führen, dahin nämlich, daß, weil ein Recurs an den höheren Richter nicht gestattet ist, der Geklagte sich, ohne dazu verpflichtet zu sein, alle Folgen einer ausnahmsweisen und privilegirten Procedur gefallen lassen muß, vielleicht sogar dann, wenn die Klage sich lediglich auf eine Privaturkunde stützt; denn wenn einmal der Grundsatz aufgestellt wird, daß die Partei gegen die Beschaffenheit der Schuldurkunde keine Einwendungen erheben darf, müßte dieser Grundsatz selbst in dem Falle angenommen werden, wenn die Klage sich auf eine bloße Privaturkunde stützt. Wenn nun aber der Partei gestattet werden muß, auch die erwähnten Einwendungen geltend zu machen, so ist es unvermeidlich, daß sie auch der Richter berücksichtigt; es mußte daher die Klage schon deshalb allein, weil sie sich nicht auf eine Urkunde, wie sie das Gesetz fordert, stützt, im Sinne des §. 6 des Gesetzes zurückgewiesen werden, in dem Sinne nämlich, daß der Zahlungsbefehl als nicht zu Recht bestehend erklärt, und dem Kläger vorbehalten sei, seine Klage im ordentlichen Rechtswege anzubringen."

Das Oberlandesgericht hob dieses Urtheil auf, und trug der ersten Instanz auf, über die Hauptsache zu entscheiden, und zwar aus folgenden Gründen: „Der §. 8 der erwähnten Verordnung bestimmt über die Urtheile, welche in Folge der wider Zahlungsbefehl eingebrachten Einwendungen ergehen, daß bezüglich ihrer die Vorschriften des Gesetzes über das summarische Verfahren zu beobachten sind, und da in dem gedachten summarischen Verfahren solche Zahlungsaufträge nur rücksichtlich der Wechsel vorkommen, so scheint es angemessen, daß man das bezügliche Gesetz zur Richtschnur nehme. In diesem nun ist vorgeschrieben, daß über die Einwendungen eine Tagsatzung angeordnet und sodann über das Meritum der Klage und über die Einwendungen entschieden werde.. Die specielle Vorschrift des §. 6, welche anordnet, daß nach geschlossener Verhandlung zu erkennen sei, ob es bei dem Zahlungsbefehl zu verbleiben, oder ob und inwiefern es von demselben abzukommen habe, hindert gar nicht, daß zur Vermeidung von Processen auch über den eigentlichen Inhalt des Klagebegehrens entschieden werde, wenn der Stand der

geführten Verhandlung dieses nur gestattet. Das aus §. 4 der erwähnten Verordnung gezogene Argument bezüglich der Inappellabilität des Zahlungsbefehls beweist nichts, weil es durch den gleichen für einen wechselrechtlichen Zahlungsbefehl geltenden Grundsatz widerlegt wird, da ja auch im Wechselverfahren wider den Zahlungsbefehl ein Recurs nicht stattfindet, wohl aber eine auf Grund der schriftlichen Einwendungen geführte mündliche Verhandlung und ein darauf folgendes Urtheil über die Hauptsache. Wenn die Parteien zu einer besonderen Verhandlung über das Meritum angewiesen würden, während mit Rücksicht auf das, was in der Klage begehrt und dagegen vorgebracht wurde, die Verhandlung erschöpft und eine definitive Entscheidung möglich ist, wäre die neue Verhandlung nur eine nutzlose Wiederholung des bereits Auseinandergesetzten und Vorgebrachten, verbunden mit Verzögerung der endgiltigen Entscheidung des Prozesses und mit höheren Kosten, und dieses Alles nur, weil nicht sogleich das gehörige Verfahren eingeleitet wurde, ein Versehen, welches als durch die dennoch erfolgte vollständige Verhandlung sanirt angesehen werden kann." Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verfügung und die Entscheidungsgründe der zweiten Instanz.

Nr. 461.

Unzulässigkeit der Bestellung eines Curators ad actum zur Vertretung des Nachlasses des Schuldners nach erfolgter Erbserklärung.

Entsch. v. 4. Nov. 1857, Nr. 9842 (Best. der gleichförmigen Entscheidungen des L. G. Agram vom 22. April 1857, Nr. 2552, und der Banaltafel v. 17. Juni 1857, Nr. 2899). G. Z. 1858, Nr. 38.

A überreichte am 20. April 1857 bei dem Landesgerichte Agram als Abhandlungsinstanz drei Klagen auf Zahlung von Zinsrückständen gegen den B'schen Nachlaß, und bat um Aufstellung eines Curators ad actum. Die erste Instanz stellte diese Klagen dem Kläger mit dem Bescheide zurück, daß der B'sche Nachlaß durch die in Folge der am 21. März 1857 erledigten und angenommenen Erbserklärung diesem Gerichte bekannt gemachten Erben repräsentirt werde. Der Kläger führte in seinem Recurs unter anderem aus, daß die Capitalien bereits zu Handen eines vom Landesgerichte bestellten Curators ad actum gerichtlich gekündigt worden seien, und daß sich das Klagebegehren auf ein Hypothekarrecht gründe, sonach auch der verstorbene B in solange als Besitzer der Realität anzusehen sei, bis dessen Rechtsnachfolger durch Einverleibung der Einantwortungsurkunde in den Besitz der Realitäten gelangt sein, und deren Rechte grundbücherlich ersichtlich gemacht würden. Daraus ergebe

sich, daß der Gläubiger nur gegen den im Grundbuche eingetragenen Eigenthümer, resp. nach seinem Ableben gegen dessen Curator ad actum klagbar auftreten könne. Die zweite Instanz wies den Recurs ab „in der Erwägung, daß, nachdem sich die Erben zu dem erwähnten Nachlasse bereits erbserklärt hatten, und ihre Erbserklärung unter dem 21. März 1857 angenommen worden war, der besagte Nachlaß somit nach §. 547 a. b. G. B. nunmehr durch die erklärten Erben repräsentirt wird, die allerdings ordnungswidrig gegen die Verlaßmasse gerichtete Klage mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 811 a. b. G. B. dem Recurrenten mit Hinweisung auf die bereits angenommene Erbserklärung ganz richtig zurückgestellt wurde, zumal Recurrent selbst in der Klage den Grund, aus welchem er solche nicht gegen die Erben angestrengt hat, dahin angibt, daß dieselben dem Gerichte noch nicht namhaft gemacht sind, dieser Grund aber nach dem eben Gesagten nicht stichhältig ist." Der oberste Gerichtshof gab dem außerordentlichen Recurse nicht statt „in der Erwägung, daß der Kläger mit dem erstrichterlichen Bescheide von der bereits eingetretenen und durch das Gericht angenommenen Erbserklärung der B'schen Erben verständigt wurde; in der Erwägung, daß in diesem Falle nicht die Bestimmungen des §. 811 a. b. G. B., sondern jene des §. 547 a. b. G. B. maßgebend waren, und demgemäß die Aufstellung eines Curators ad actum zur Vertretung des schuldnerischen Nachlasses keineswegs mehr zulässig gewesen wäre; in der Erwägung, daß die begehrte Aufstellung eines Curators ad actum auch weder aus Anlaß der zur Zustellung der gerichtlichen Capitalsaufkündigung vorausgegangenen Bestellung desselben, noch wegen des klägerischen Hypothekarrechtes nothwendig war."

Nr. 462.

Mehrheit von Schuldnern als Bedingung der Concurseröffnung.

Entsch. vom 10. Nov. 1857, Nr. 11254 (Best. des Bescheides des L. G. Preßburg vom 6. Aug. 1857, Nr. 5650, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Preßburg vom 7. Sept. 1857, Nr. 7738). Gerichtsh. 1858, S. 236, 237.

Nr. 463.

Revisionsfrist im summarischen Verfahren. — Einreichung der Anmeldung durch die Post.

Entsch. v. 10. Nov. 1857, Nr. 11360. G. Z. 1858, Nr. 151.

Die Revisionsanmeldung gegen ein im summarischen Verfahren ergangenes Urtheil zweiter Instanz wurde am achten Tage nach der Zustellung zur Stadtpost des Ortes, wo die erste Instanz ihren Sitz hat, aufgegeben, gelangte aber erst am nächsten Tage in's Einreichungsprotokoll. Der oberste Gerichtshof wies die Revisionsanmeldung als verspätet zurück, „in der Erwägung, daß aus der Vorschrift des §. 44 des Gesetzes über das summarische Verfahren klar hervorgeht, daß die schriftlich überreichten Recurse binnen der dort bestimmten Frist an das Einreichungsprotokoll gelangen müssen, was aber in diesem Falle nicht geschah."

Nr. 464.

Recht des Fruchtnießers einer Verlassenschaft, die Verwaltung zu führen.

Entsch. vom 10. Nov. 1857, Nr. 11543 (Bestätigung der Bescheide der Prätur Cremona v. 17. Juni 1857, Nr. 5349, und v. 27. Juli 1857, Nr. 6828, Abänd. des Decretes des O. L. G. Mailand vom 11. Sept. 1857, Nr. 12300). Gaz. d. Trib. 1857, S. 585, 586. G. Z. 1858, Nr. 25.

Die erste Instanz hatte demjenigen, welchem der Fruchtgenuß des ganzen Nachlasses vermacht war, auch die Verwaltung desselben eingeräumt; der Erbe recurrirte gegen diese Verfügung, und die zweite Instanz gab dem Recurse statt. Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch die Verfügung der ersten Instanz „in Anbetracht des §. 509 a. b. G. B., nach welchem der Usufructuar das Recht hat, die Sache mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen, während ihm §. 513 a. b. G. B. die Pflicht auferlegt, sie als ein guter Haushälter in Stand zu halten; in der Erwägung, daß dem Erben, so lange die Fruchtnießung währt, der Genuß der Erbschaft nicht gebührt, und er sich daher auch nicht auf §. 810 a. b. G. B. berufen kann, um die im Genuß mit enthaltene, der Regel nach untrennbar damit verbundene Verwaltung derselben zu erlangen; daß dem Fruchtnießer die Verwaltung eingeräumt werden kann, ohne daß dadurch der dem Erben gesetzlich vorbehaltenen Vertretung der Person des Erblassers Eintrag geschieht; in

der Erwägung endlich, daß das Gesetz für den Schutz der Rechte des Erben in den §§. 518 und 520 a. b. G. B. hinlängliche Vorsorge getroffen hat."

Nr. 465.

Sequestration von Personalbefugnissen.

Entsch. vom 10. Nov. 1857, Nr. 11651 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Karlsbad vom 23. Juli 1857, Nr. 4627, und des O. L. G. Prag v. 26. August 1857, Nr. 15412). G. Z. 1858, Nr. 35.

Der Gläubiger bat um die executive Sequestration der Erträgnisse des dem Schuldner N gehörigen Befugnisses der Haltung eines Bolzschießens in der Allee bei X. Die erste Instanz wies das Gesuch ab, „weil nach §. 340 a. G. O. eine Execution weder auf die unentbehrlichsten Leibeskleider, noch auf die nöthigsten Werkzeuge, womit ein Schuldner sich täglich die Nahrung für sich und seine Familie verschaffen kann, geführt werden darf, daher auch auf den durch diese Werkzeuge sich ergebenden, zur Nahrung dienenden Verdienst eine Execution nicht zulässig ist, und das dem N verliehene Befugniß zur Haltung eines Bolzschießens demselben nur dazu dient, um mittelst seiner hierwegen als Werkzeug zu verwendenden Bolzbüchse aus dem sich ergebenden, nur kurze Zeit dauernden, Verdienst für sich und seine Familie die tägliche Nahrung zu verschaffen." Ebenso die zweite Instanz, aber aus dem Grunde: „weil die Einkünfte eines Gewerbes, da die Verleihung des Befugnisses zum Betriebe desselben durch den Besitz gewisser persönlicher Eigenschaften desjenigen, dem dieses Befugniß verliehen wird, bedingt ist, den Gegenstand einer executiven Sequestration nach §. 320 a. G. O. nicht bilden können." Der oberste Gerichtshof bewilligte das Gesuch, „weil der von dem Bezirksgerichte angerufene §. 340 a. G. O. nicht entgegensteht, da es sich hier nicht um eine executive Pfändung, sondern nur um eine Sequestration handelt, durch den §. 320 a. G. O. aber die executive Sequestration des Erträgnisses aus einem bloßen Personalbefugnisse hier um so weniger als untersagt angesehen werden kann, als Sequestrationswerber keineswegs die Ausübung oder auch die Verwaltung des fraglichen Befugnisses in Anspruch nimmt, sondern nur die Sequestration des Erträgnisses aus demselben begehrt."

Nr. 466.

Erklärung des Geklagten, daß er gegen die Klage keine Einwendung machen könne.

Entsch. v. 11. Nov. 1857, Nr. 9780 (Best. der gleichförmigen Urtheile des L. G. Wien v. 11. Nov. 1856, Nr. 38261, und des O. L. G. Wien v. 8. Juli 1857, Nr. 6102). G. Z. 1858, Nr. 15.

Der Fideicommißbesitzer A klagte als Allodial-Universalerbe seines Vaters gegen den nächsten Anwärter des Fideicommisses, den Fideicommißcurator und den Posteritätscurator auf Anerkennung der Allodialeigenschaft einer bestimmten Gilte, und auf Löschung des hierauf indebite haftenden Fideicommißbandes. Die Geklagten gaben vor Gericht die Erklärung ab, daß sie gegen die Klage keine Einwendung machen könnten. Die erste Instanz wies dennoch das Klagebegehren zurück, da die gedachte Erklärung nach ihrem Wortlaute und Sinne nur auf die Anerkennung des factischen Sachverhaltes, so wie er in der Klage und deren Beilagen vorliegt, zu beziehen sei, nicht aber als ein Zugeständniß des angesprochenen Rechtes selbst angesehen werden könne, und zwar dieses um so weniger, als die Vertreter des Fideicommisses zu einem solchen Zugeständnisse für sich allein gar nicht berechtigt wären, da die sämmtlichen in der Klage beigebrachten Behelfe das Klagebegehren vielmehr zu widerlegen, als zu bestätigen schienen." Die zweite Instanz bestätigte dieses Urtheil. Ebenso der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Es ist kein der allgemeinen Gerichtsordnung fremder, und nur dem summarischen Verfahren, der westgalizischen Gerichtsordnung und der ungarischen und siebenbürgischen Civilproceß-Ordnung eigenthümlicher processualischer Grundsatz, daß auch nicht widersprochene Umstände von dem Richter nur in soweit für richtig anzunehmen sind, als die in der Verhandlung vorliegenden Beweise ihnen nicht geradezu entgegenstehen; denn die Vermuthung streitet immer für die verneinende eher als für die, jede Führung des Rechtsstreites entbehrlich machende, bejahende Litiscontestation. Die §§. 5—9, 11, 23, 26, 104 a. G. O. stehen dieser aus der Natur des Prozesses fließenden Anordnung nicht entgegen, und die Hofdecrete vom 23. September 1785 lit. c, Nr. 469 J. G. S. (Wessely I, Nr. 490), vom 19. Mai 1786 lit. b, Nr. 550 ebd. (Wessely I, Nr. 831) und vom 15. Jänner 1787, lit. n, Nr. 621 ebd. (Wessely I, Nr. 912) beheben darüber jeden Zweifel. Nach denselben kann die unterlassene Erstattung einer Satzschrift nur zur Folge haben, daß das vom Gegentheil angebrachte Factum für wahr zu halten sei, nicht aber eine Begebung des Rechtes begründen. Auf dieses und die Gesetze hat der Richter von Amtswegen zu sehen, wenn sie auch von den Parteien irrig oder gar nicht angebracht werden; was das Factum aber betrifft, hat er bloß nach den vorgelegten Acten, nicht nach den Afferten der Klage zu sprechen. Die Allegate und Suballegate bilden daher einen integrirenden Theil

der Klage, und nie wird der Richter in contumaciam einen Rechtsanspruch zuerkennen, dessen Nichtbestand der Kläger durch die eigenen Belege seiner Klage darthut. Da nun eine ausdrückliche, bestimmte Submittirung der Fideicommißcuratel unter das Klagebegehren ohne curatelsbehördliche Genehmigung im Sinne der §§. 233 und 282 a. b. G. B. wirksam nicht erfolgen konnte, und im Wortlaute der in Frage stehenden Erklärung auch nicht einmal lag, so muß die Unterlassung jedes Widerspruches und jeder Einwendung nur nach den obigen Grundsätzen betrachtet werden, und der Gegenstand der richterlichen Prüfung blieb die Klage sammt ihren Allegaten und die Frage, ob das aus den daraus erhellenden factischen Umständen und Beweismitteln gefolgerte Begehren rechtlich bestehe."

Nr. 467.

Schätzungseid über den Betrag der Forderung.

Entsch. v. 11. Nov. 1857, Nr. 10291 (Abänd. der Urtheile des Bez. G. Hietzing v. 9. April 1857, Nr. 1720, und des O. L. G. Wien v. 6. Aug. 1857, Nr. 6904). Gerichtsh. 1858, Nr. 11.

A stützt seine Klage gegen B auf Zahlung von 210 fl. darauf, daß bei der Berechnung des durch $3^1/_2$ Jahre von B zum Verschleiße angenommenen Brotes irrthümlich eine gewisse Quantität Brot in gewisser Beziehung doppelt (als neu- und als altgebackenes) angesetzt worden sei, wodurch A täglich durchschnittlich 10 kr., also in jenen $3^1/_2$ Jahren 210 fl. zu viel bezahlt habe. Zum Beweise des Factums jener irrigen Berechnung trägt er den Haupteid auf; das Quantum erbietet er sich schätzungsweise zu beschwören. B gesteht jene Irrung zu, behauptet jedoch, sie habe bloß durch $8^1/_2$ Monate stattgefunden, und täglich durchschnittlich höchstens $7^1/_2$ kr. betragen. Die erste Instanz gibt dem Klagebegehren für den Fall der Ablegung des angebotenen Schätzungseides in vollem Umfange statt. Die zweite Instanz erkannte unter der gleichen Voraussetzung bloß auf den Betrag von 42 fl. 30 kr., da Geklagter bloß die Irrung durch $8^1/_2$ Monate zugestanden habe, und durch den vom Kläger angebotenen Haupteid, daß die Geschäftsverbindung durch $3^1/_2$ Jahre dauerte, nicht bewiesen werde, daß auch durch die ganze Zeit die irrthümliche Berechnung stattfand. Im Uebrigen setzte auch die zweite Instanz den schätzungsweise zu beschwörenden Durchschnittsbetrag von 10 kr. täglich nicht herab. Die dritte Instanz setzte die eingeklagte Forderung auf 105 fl. herab, und erkannte diesen Betrag dem Kläger gegen Ablegung des Schätzungseides zu. Die Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen: „Der Kläger beziffert den ihm durch die ganze Dauer seines Verkehrs mit dem Geklagten angeblich durch $3^1/_2$ Jahre zugegangenen Nachtheil

mit täglich 10 kr. und spricht daher den Rückersatz mit 210 fl. unter Anbietung des Schätzungseides an. Der Geklagte gesteht, daß der Kläger bei der Berechnung des Brotes benachtheiligt worden sei, daher das Quale der Ersatzforderung des letzteren erwiesen ist. Was aber das Quantum des dem Kläger gebührenden Rückersatzes betrifft, so vermag kein Theil genau anzugeben und zu erweisen, wie hoch sich die Benachtheiligung des Klägers an den verschiedenen Tagen ihres Verkehrs oder bei jeder gepflogenen Berechnung belaufen habe, da beide Theile lediglich Umstände anzuführen und darzuthun suchen, welche die Annahme eines größeren oder kleineren Durchschnittes realisiren sollen. Bei dem Mangel eines directen Beweises über die einzelnen Beträge, aus welchen die 210 fl., um welche Summe der Kläger in seinem mehrjährigen Geschäftsverkehre mit dem Geklagten übervortheilt sein will, zusammengesetzt sind, erübrigt nichts anderes, als nach §. 217 a. G. O. auf den vom Kläger über seinen Ersatzanspruch angebotenen Schätzungseid einzugehen; jedoch ist der angesprochene Betrag nach §. 218 a. G. O. zu mäßigen, und zwar im vorliegenden Falle mit mehrerer Rücksicht auf den Geklagten, weil der Kläger sich durch Führung eines in derlei Geschäften üblichen Einschreibbüchels allerdings einen genügenden Beweis seiner Forderung hätte verschaffen können."

Nr. 468.

Unzulässigkeit der Pränotation einer eventuellen Forderung.

Entsch. v. 11. November 1857, Nr. 10311 (Abänderung der gleichförmigen Urtheile der Prätur Cervignano v. 20. Jänner 1857, Nr. 177, und des O. L. G. Triest vom 15. Juni 1857, Nr. 1876). G. Z. 1858, Nr. 13.

Nr. 469.

Beweislast bei der Klage auf Restitution ob noviter reperta. — Indicienbeweis, ergänzt durch den Erfüllungseid. — Zulassung eines ohne nähere Bezeichnung angebotenen Eides als Erfüllungseid.

Entsch. v. 11. Nov. 1857, Nr. 10774 (Best. der gleichförmigen Urtheile der Prätur Varese vom 1. Jänner 1857, Nr. 9412, und des O. L. G. Mailand v. 9. Juli 1857, Nr. 7997). Gaz. d. Trib. 1858, S. 99 ff.

Die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ward von der Ablegung des Erfüllungseides über den Umstand abhängig gemacht,

daß Restitutionswerber während der Anhängigkeit des ersten Processes von den neu vorgebrachten Beweismitteln nichts gewußt habe. Es heißt nun darüber in den Entscheidungsgründen der ersten Instanz: „Der wesentliche Punkt, auf welchen vorzugsweise der Anspruch auf restitutio ob noviter reperta sich stützen muß, ist, ob der Restitutionswerber nicht schon früher die jetzt beigebrachten Urkunden kennen oder auffinden konnte? Es entsteht nun zunächst die Frage, ob die Beweislast den Gegner treffe, oder ob die Partei, welche die Restitution begehrt, beweisen müsse, daß sie sich in der Unwissenheit befunden habe. Die Natur dieses außerordentlichen Rechtsmittels gestattet es nicht, daß die Partei, welche gesiegt hat, nachdem sie durch ein zu ihren Gunsten ergangenes Urtheil einen so glänzenden Erfolg errungen, neuerlich zur Vorbringung von Beweisen angehalten werde. Da die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur den Unterliegenden zu statten kommt, so wäre es Mißbrauch, wenn dem Gegner die Beweislast aufgebürdet würde.... Ist nun auch der Beweis einer negativen Thatsache mit großen Schwierigkeiten verbunden, so war vielleicht gerade diese Schwierigkeit den Absichten des Gesetzgebers angemessen, welcher der allzugroßen Versuchung, neue Processe herbeizuführen, einen Zügel anlegen wollte. Da übrigens der Beweis den Zweck hat, darzuthun, daß eine gewisse moralische Thatsache nicht existire, daß irgend Jemand eine Sache nicht gewußt habe, so wird er vorzugsweise durch Indicien hergestellt werden. Es sind nun sehr viele Umstände vorhanden, welche die negative Behauptung des Restitutionswerbers unterstützen... (folgt die Aufzählung derselben). Das Gericht hat hieraus über die Behauptung des Restitutionswerbers moralische Gewißheit erlangt, das ist, wie Filangieri sagt: denjenigen geistigen Zustand, in welchem wir von der Wahrheit einer Behauptung überzeugt sind.... In dieser seiner Ueberzeugung wurde das Gericht durch die entgegengesetzten Behauptungen des Gegners nicht erschüttert, und es mußte daher den in den Entscheidungsgründen näher angegebenen Indicien, in Verbindung mit den anderen oben angegebenen speciellen Umständen, welche alle zusammenwirkten, um dem Restitutionswerber es unmöglich zu machen, früher Kenntniß von jener Urkunde zu erlangen... den Werth eines halben Beweises beilegen. — Da nun aber durch dieses moralische Beweismittel — denn moralische Gewißheit allein kann es seiner Natur nach herstellen — nur eine halbe Probe gewonnen ist, war es nöthig, daß der Restitutionswerber durch seinen Eid die moralische Gewißheit zum juristischen Beweise steigere. Das Gericht hat nun den Eid, welchen der Restitutionswerber angeboten hat, ohne ihn näher zu bezeichnen oder zu nennen, nach dem Wesentlichen des Falles beurtheilt. Derjenige, welcher einen Eid über eine bestimmte Thatsache mit dem Bewußtsein anbietet, denselben antreten zu können, wird ihn antreten können, gleichviel, ob er als Hauptеid oder Erfüllungseid benannt wird; es tritt die Form oder Benennung offenbar gegenüber der Wichtigkeit der Hauptsache zurück.

Da nun nach der Analogie des §. 35 der Min.-Vdg. vom 31. März 1850 (§. 35 des Gesetzes über das summarische Verfahren vom 24. October 1845) dem Richter gestattet ist, den Haupteid in einen Erfüllungseid umzuwandeln, schien es dem Gerichte mit Rücksicht auf das oben Gesagte, daß eine Ergänzung des bereits erlangten halben Beweises über das Nichtwissen durch den Eid des Restitutionswerbers möglich sei. Dasselbe erkannte daher auf diesen Eid und bezeichnete ihn dabei als Erfüllungseid." Die beiden höheren Instanzen bestätigten dieses Urtheil und zwar der oberste Gerichtshof „in der Erwägung, daß, wenn der Restitutonswerber früher im Besitze solcher Documente gewesen wäre, er bei dem großen Interesse, das er an der Sache hatte, davon sicher schon in einem früheren Processe Gebrauch gemacht hätte, woraus allein schon sich die Vermuthung ergibt, daß er früher entweder keine Kenntniß davon haben, oder sie nicht finden konnte; in der Erwägung, daß diese Vermuthung noch durch das Zusammentreffen folgender Umstände bestärkt wird...(folgt die Aufzählung dieser Umstände); in der Erwägung, daß überdies die erste Instanz den Ausgang des Processes von dem Erfüllungseide des Restitutionswerbers über den gedachten Umstand abhängig gemacht hat; endlich in der Erwägung, daß das Gesetz die Entscheidung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des fraglichen Erfordernisses der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Ermessen des Richters anheimgestellt hat, daß man daher, wenn die unteren Instanzen in ihrem Ermessen das Restitutionsbegehren begründet befunden haben, mit Rücksicht auf das Vorausgehende dieses Urtheil nicht als offenbar ungerecht ansehen kann".

Nr. 470.

Gegenseitige Verrechnung.

Entsch. v. 11. Nov. 1857, Nr. 11375 (Best. des das Urtheil des L. G. Mantua vom 3. April 1857, Nr. 3526, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 1. August 1857, Nr. 8802). Gaz. d. Trib. 1858, S. 4 ff.

A und B standen seit vielen Jahren in lebhafter Geschäftsverbindung und gegenseitiger Verrechnung. Zur Begleichung einer auf diese Weise entstandenen Schuld stellte B am 29. December 1849 einen Wechsel an die Ordre des A über 3000 L. A. mit dem Beisatze: „Werth in Rechnung" aus. Zur Verfallszeit erklärte er jedoch dem A, welchem gleichzeitig die Gattin B's Bürgschaft leistete, daß er außer Stande sei, den Wechsel einzulösen. In Folge dessen löste A selbst den Wechsel wieder ein, und belastete in seinen Büchern den B, welchem bei Ausstellung des Wechsels 3000 Lire zu Gute geschrieben worden waren,

mit einem gleichen Betrage, während B ihm unverzügliche Ordnung der Angelegenheit zusagte. Inzwischen blieben A und B in fortwährender Verrechnung, und es handelte sich eben um einen definitiven Abschluß ihrer gegenseitigen Rechnungen, als A am 11. März 1855 auf Grund des wechselrechtlich verjährten Wechsels beim Landesgerichte seine Forderung von 3000 Lire einklagte. — Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt. Die beiden höheren Instanzen wiesen dasselbe zurück und behielten dem Kläger nur das Recht vor, die nach Beendigung der Liquidation und nach Abschluß der Rechnungen mit dem Geklagten sich für ihn etwa herausstellenden Forderungen neuerlich einzuklagen. Es heißt in den vom obersten Gerichtshof genehmigten Entscheidungsgründen der zweiten Instanz: „Es ist erwiesen, daß Kläger und Geklagter, beide Handelsleute, durch viele Jahre Handelsgeschäfte mit einander machten, und gegenseitig laufende Rechnung offen hatten...; daß noch immer eine definitive Liquidirung ihrer Rechnung nicht erfolgt ist... Auch die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Wechsel vom 29. December 1849 zu Grunde liegen, sind commerzieller Natur und müßten daher, sofern sie noch bestehen, ihren Platz im Conto corrente finden... Ueberdies ist Grund vorhanden...anzunehmen, daß die Parteien die Angelegenheit dieses Wechsels von ihren übrigen kaufmännischen Operationen, bezüglich deren zwischen ihnen ein Conto corrente bestand, keineswegs ausscheiden wollten, da sie dieselbe vielmehr, wenn auch vielleicht auf Grund besonderer Verabredungen, darin einbezogen haben, so daß sie also bei einer definitiven Regelung des ganzen Conto corrente mit berücksichtigt werden muß. Es war daher die Klage auf Einlösung jenes Wechsels in der That unzulässig, und der Kläger mußte auf Anstellung je einer Klage gewiesen werden, die ihm allenfalls nach Regelung der Gesammtrechnung mit dem Geklagten zustehen mag."

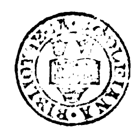
Nr. 471.

Haftung bei Abgang eines von mehreren in öffentlicher Feilbietung erstandenen Grundstücken.

Entsch. v. 17. Nov. 1857, Nr. 8335 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand v. 10. Febr. 1857, Nr. 1013, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 15. Mai 1857, Nr. 6017). G. Z. 1858, Nr. 13.

Am 18. Mai 1852 erstand A mehrere dem B gehörige executiv feilgebotene Grundparcellen. Die Licitationsbedingnisse, welche diese Parcellen mit Nummern, Schätzwerth und Steuerbetrag anführten, enthielten die Clausel, „daß der Ersteher weder einen Ersatz noch eine Preisermäßigung wegen was immer für Differenzen fordern könne, welche sich

in Bezug auf einzelne Parcellen, deren Umfang und Steuerquote allenfalls im Augenblicke der Erstehung, verglichen mit der Schätzung, ergeben sollten". Nach der Erstehung stellte es sich heraus, daß während des Verkaufes der Execution die Steuerbehörde eines der Grundstücke verkauft hatte. A klagte nun den B und die executionsführenden Gläubiger auf Uebergabe des fehlenden Grundstückes, respective auf Ersatzleistung. Die erste Instanz wies das Klagebegehren ab. Die zweite Instanz gab demselben statt, indem sie den Kläger ermächtigte von dem Kaufschillinge einen Betrag abzurechnen, welcher dem durch gerichtliche Schätzung zu bestimmenden Werth des fehlenden Grundes entspricht. Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz „in der Erwägung, daß nach §. 1089 a. b. G. B. auch bei gerichtlichen Verkäufen, die über Verträge, und insbesondere über den Tausch- und Kaufvertrag aufgestellten Vorschriften in der Regel Anwendung finden; in der Erwägung, daß in dem Versteigerungsedicte und den Feilbietungsbedingnissen das fragliche Grundstück mit Angabe des Flächenmaßes und des Steuerwerthes als Gegenstand des Verkaufes ausdrücklich angeführt, und vom Kläger bei der gerichtlichen Versteigerung auch nebst anderen Grundstücken erstanden worden ist; in der Erwägung, daß die angeführte Clausel wohl nur von den wirklich verkauften Grundstücken verstanden, aber nicht auf den Fall ausgedehnt werden kann, daß das der Versteigerung unterzogene Object ganz abgeht, da wohl kein Käufer gesetzlich verpflichtet ist, den Kaufpreis für eine Sache zu zahlen, die er gar nicht erhält".



Nr. 472.

Kaufmännisches Retentionsrecht. Einfluß der Concurseröffnung auf dasselbe

Entsch. v. 18. Nov. 1857, Nr. 10119 (Best. des das Urtheil des Kr. G. Leitmeritz vom 8. Mai 1857, Nr. 1971, abänd. Urtheils des O. L. G. Prag v. 30. Juni 1857, Nr. 11460). G. Z. 1858, Nr. 21.

Nr. 473.

Umstände, unter welchen die Auftragung eines irreferiblen Haupteides unzulässig ist.

Entsch. vom 18. Nov. 1857, Nr. 11757 (Best. des Urtheils der Prätur Bergamo vom 17. Juni 1857, Nr. 11655, Abänderung des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 14. August 1857, Nr. 9803). Gaz. d. Trib. 1858, S. 283. G. Z. 1858, Nr. 118.

A hatte aus der Concursmasse eines Schneiders mehrere Forderungen um einen weit geringeren als den Nennpreis erstanden, und machte nunmehr gegen B eine dieser Forderungen, beruhend auf der vor 10 Jahren angeblich erfolgten und nicht bezahlten Lieferung von Kleidungsstücken, anhängig, indem er als Beweise einen ganz unförmlichen Auszug aus dem Gewerbsbuch und den irreferiblen Haupteid anbot. Der oberste Gerichtshof wies das Klagebegehren zurück „in der Erwägung, daß die Forderung auf einen angeblichen Auszug aus dem Gewerbsbuche gestützt werde, der aber ganz unförmlich, mit Glossen versehen sei und jeder Beweiskraft ermangle; daß der Geklagte zwar nicht leugne, daß ihm von Schneider M Kleidungsstücke geliefert worden seien, wohl aber, daß sie die Qualität, Quantität und den Werth erreichten, die ihnen in dem beigeschlossenen Verzeichnisse zugeschrieben werden; daß er also den Inhalt desselben bestritt und zugleich die vollständig geleistete Bezahlung jener Leistungen behauptete; daß sich schon aus der Natur des Geschäftes und den Beziehungen der Contrahenten vermuthen lasse, daß die Bezahlung entweder gleichzeitig mit oder nicht lange nach den Leistungen stattgefunden habe; daß aber noch folgende Umstände zu Gunsten des Geklagten sprechen: das lange Stillschweigen, das der Schneider selbst vor Ausbruch seines Concurses beobachtete, das Aufgeben der Angelegenheit von Seite der Massevertretung und die Zusammenstellung dieser Forderung mit anderen, die nahebei als uneinbringlich betrachtet wurden, wie dies das Factum beweist, daß alle diese Forderungen, zusammen im Nennwerth von 8587 Lire 30 Cent. auf Gefahr des Erstehers um 125 Lire veräußert wurden; daß hiernach auf die Absicht des Erstehers jener Forderungen nicht eingegangen werden könne, dem Geklagten den Eid darüber aufzutragen, daß die erwähnten Lieferungen alle und jede stattgefunden; abgesehen davon, das es sich um einen Eid handeln würde, der durch den Wechsel in der Person des Klägers irreferibel geworden, dem Geklagten zwangsweise auferlegt werden müßte“.

Nr. 474.

Verhängung und Vollziehung des Schuldenarrestes gegen einen Geistlichen.

Entsch. v. 18. Nov. 1857, Nr. 12604 (Best. des den Bescheid der Prätur Sarnico v. 15. August 1857, Nr. 4665, aufhebenden Bescheides des O. L. G. Mailand v. 2. Oct. 1857, Nr. 13466). Eco d. Trib. 1858, S. 288. G. Z. 1858, Nr. 127.

Nr. 475.

Bestellung einer Maschine, als Kauf behandelt. Beginn der Verjährung der Klage auf Gewährleistung wegen physischer Mängel.

Entsch. v. 24. Nov. 1857, Nr. 11788 (Best. des Urtheils des B. G. Urfahr v. 19. Jänner 1857, Nr. 255, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Wien v. 3. Juni 1857, Nr. 4947). G. Z. 1858, Nr. 19.

Mittelst Schlußbriefes vom 18. April 1855 hatte sich der Maschinenfabrikant B verpflichtet, den Handelsleuten A und K binnen vier Monaten eine hydraulische Presse mit 6000 Centner Druckkraft zu liefern und drei Monate dafür zu haften. Am 8. November 1856 erhoben A und K gegen B die Klage auf Lieferung eines andern entsprechenden Cylinders, resp. den Ersatz von 800 fl. CM., da der Cylinder der gelieferten Presse schon durch die Anwendung von 4000 Centner Druck gesprungen sei, und boten den Beweis durch Kunstverständige an. B setzte dem Klagebegehren die Einrede der Verjährung entgegen. Die erste Instanz wies die Klage ab. Die zweite Instanz erkannte auf den Beweis durch Sachverständige, indem sie das Geschäft als Lohnvertrag im Sinne des §. 1151 a. b. G. B. auffaßte. „Bezüglich des Lohnvertrages gestattet der §. 1153 a. b. G. B. für den von den Klägern behaupteten Fall dem Besteller vom Vertrage abzugehen, oder, wenn er dieses nicht will, die Verbesserung oder eine angemessene Schadloshaltung zu verlangen. Dieses Recht gründet sich nicht auf die §§. 922, 923 a. b. G. B., und ist keine Forderung auf Gewährleistung, sondern ein selbstständiges, auf den citirten §. 1153 a. b. G. B. gegründetes Recht, was schon aus der in diesem Paragraphen enthaltenen Alternative, und weil sonst derselbe zum großen Theile überflüssig im Gesetze sein würde, hervorgeht; es verjährt daher auch nicht binnen der im §. 933 a. b. G. B. angegebenen Zeit, sondern erst in der allgemeinen Verjährungszeit, welche seit der Zeit der Lieferung noch nicht verstrichen ist." Der oberste Gerichtshof betrachtete das fragliche Geschäft als einen Kauf im Sinne des §. 1158

a. b. G. B., welcher unbestritten seine volle Erfüllung durch rechtzeitige Lieferung im August 1855 erhalten hat, daher auch von den Klägern, als den Käufern und Bestellern, der gedungene Preis vollständig berichtigt wurde. „Daraus gehe hervor, daß der §. 1153 a. b. G. B., welcher dem Besteller eines Werkes im Falle der Untüchtigkeit oder contractwidriger Beschaffenheit desselben das Recht einräumt, vom Vertrage abzugehen, oder die Verbesserung des gelieferten Werkes, oder die Schadloshaltung mit Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theiles des Lohnes zu fordern, hier nicht anwendbar sei, sondern daß nach §. 1066 a. b. G. B. die allgemeinen Grundsätze über die Gewährleistung, somit auch über die für selbe im Gesetze angeordnete, vom Geklagten ausdrücklich eingewendete Verjährung nach §§. 922 und 923 a. b. G. B. zur Geltung kommen müssen. Der Anspruch auf Gewährleistung muß, wenn er bewegliche Sachen betrifft, binnen 6 Monaten erhoben werden, und zwar, wenn nicht die außerordentliche, zum Schutze der Verträge eingeführte Verjährungsfrist zur Illusion werden soll, von der Zeit der geschehenen Uebergabe der Sache an. Es ist Sache des Uebernehmers, die contractmäßige Eigenschaft des Gegenstandes sogleich zu prüfen; er kann nicht den Verkäufer durch eigenes Saumsal in beliebig verlängerter Haftung halten, und nach Jahren erst unter dem Vorwande, daß ihm nun die Mängel des bestellten und gekauften Werkes erst bekannt geworden sind, seinen Anspruch stellen, sondern er müßte den Abgang der Möglichkeit, solches früher zu thun, oder die Unterbrechung der Verjährung strenge erweisen."

Nr. 476.

Unzulässigkeit der Ergänzung einer Zeugenaussage nach geschlossenem Beweisverfahren.

Entsch. v. 24. Nov. 1857, Nr. 12171 (Best. des den Bescheid der Prätur Valdobbiadene v. 30. Juni 1857, Nr. 2902, aufhebenden Decretes des O. L. G. Venedig v. 10. Sept. 1857, Nr. 17364). *Eco d. Trib.* 1858, S. 28.

Dem nach geschlossener Beweisaufnahme gestellten Ansuchen eines Zeugenführers, einen der Zeugen noch einmal zu vernehmen, weil derselbe ihm erklärt habe, daß er jetzt im Stande sei, die ihm damals vorgelegten Fragen mit größerer Bestimmtheit und vollständiger, als im Verhör geschehen, zu beantworten, hatte die erste Instanz stattgegeben. „Es ist", heißt es in den Entscheidungsgründen dieser nach vorausgegangener Vernehmung des sich widersetzenden Gegners ergangenen Verfügung, „der Wille des Gesetzes, daß die Wahrheit an den Tag komme. Zu diesem Zwecke hat die Gerichtsordnung insbesondere der Partei

welcher ohne ihr Verschulden ein Zeuge entgeht, jede Erleichterung gewährt. Es ist ferner eine Forderung der Vernunft und der Billigkeit, daß dem Zeugen die Berichtigung seiner Aussage auf alle Fälle möglich gemacht werde; sowohl unmittelbar nach dem Verhör, wie das Gesetz ausdrücklich anordnet, als auch später, so lange der Proceß noch anhängig ist, muß dem Zeugen gestattet werden, sich den Gewissensvorwürfen wegen ungenauer Antworten und wegen schlechter Erinnerung im Augenblicke des Verhörs, oder auch den Folgen zu entziehen, welche sein Benehmen nach §. 301 ital. G. O. (§. 236 a. G. O.) haben könnte." Die zweite und dritte Instanz erklärten die Vernehmung für unzuläßig.

Gründe der dritten Instanz: „Nach §. 228 ital. G. O. (§. 166 a. G. O.) muß der Zeuge, welcher an den Aussagen etwas ändern, oder denselben etwas beifügen will, dies während der Vorlesung des bezüglichen Protokolles thun. Im vorliegenden Falle aber hat der Zeuge dies unterlassen, vielmehr seine Aussage nach der Vorlesung ausdrücklich bestätigt. Eine neuerliche Vernehmung desselben auf Grund der unbestimmten und durch nichts unterstützten Versicherung des Zeugenführers, daß jener sich jetzt nicht mehr in derselben Ungewißheit befinde, wie während des Verhörs, würde daher offenbar gegen die Regeln des Processes verstoßen."

Nr. 477.

Res judicata. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Entsch. vom 25. Nov. 1857, Nr. 10020 (Best. des Urtheils der Prätur Latisana v. 10. Mai 1857, Nr. 2162, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Venedig vom 22. Juli 1857, Nr. 12140). G. Z. 1858, Nr. 123.

Dem A war von B, als Erben des M, die Pachtung eines Grundstückes aufgekündigt worden, welches jener früher an M verkauft und sodann von ihm in Pacht genommen hatte. Der Aufkündigung hatte damals A die Einwendung entgegengesetzt, daß der — unter der Nebenverabredung des Wiederverkaufsrechtes abgeschlossene — Kaufvertrag, sowie der nachfolgende Pachtvertrag simulirt seien; daß damit nur auf eine in der ganzen Gegend übliche Art ein verzinsliches Darlehen gedeckt worden sei. Das Gericht erster Instanz hatte in seinen Entscheidungsgründen die Existenz jener Gewohnheit bestätigt, aus den Umständen die Ueberzeugung von der Simulation gewonnen und erklärt, daß deshalb die Aufkündigung nicht zu Recht bestehe. In zweiter Instanz abgeändert, ward dieses Urtheil vom obersten Gerichtshof (Entscheidung vom 18. Juni 1856, Nr. 4360) aus denselben Gründen, ja zum Theil mit

ausdrücklicher Berufung auf die Gründe der ersten Instanz bestätigt. Auf Grund dieser rechtskräftigen Erkenntnisse, und nur auf Grund derselben klagte nun A auf Anerkennung seines Eigenthums und (da der Fall sich im Venetianischen zugetragen) seines Rechtes, das Grundstück in den Steuerbüchern auf seinen Namen schreiben zu lassen. Die erste Instanz gab der Klage statt. „Wie aus den vorgelegten Urtheilen sich ergibt, so ist die Aufkündigung eben deshalb zurückgewiesen worden, weil die Simulation als bestehend angesehen wurde. Würde also die Prätur über letztere sich noch einmal aussprechen, so würde sie sich mit einer Sache beschäftigen, über welche bereits rechtskräftige Urtheile vorliegen, da nichts darauf ankommt, ob dieselbe eodem aut diverso genere judicii wieder vorgebracht wird (Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii. L. 7 §. 4 D. de except. rei jud. 44, 2).“ Das Oberlandesgericht wies den Kläger ab. „Die vorliegenden Urtheile“, heißt es in den Entscheidungsgründen, „haben über die Giltigkeit der Aufkündigung entschieden, sonst über nichts. Daß in den bezüglichen Entscheidungsgründen Indicien berücksichtigt sind, aus welchen auf eine vorgefallene Simulation geschlossen wurde, kann nicht bewirken, daß man eine Frage als durch Urtheil erledigt ansieht, über welche doch kein Urtheil ergangen ist. Ehe man die Wirkung wollen kann, muß man die Ursache wollen; es hat also der Kläger zuerst die Nichtigerklärung des Verkaufsvertrages zu erwirken, und dann erst die Klage auf Anerkennung seines Eigenthums, welcher erst dann stattgegeben werden könnte, anzustellen.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. „Nachdem durch rechtskräftiges Erkenntniß die Aufkündigung... deshalb zurückgewiesen wurde, weil der Kaufvertrag....als simulirt angesehen wurde..., würde es in der That überflüssig sein, erst noch in einem neuen Urtheil deise Simulation auszusprechen. Dem Geklagten bleibt es übrigens vorbehalten, mittelst besonderer Klage alle jene Rechte geltend zu machen, welche ihm aus jenem Vertrage nach seiner wahren Natur und Beschaffenheit erwachsen.“

Nr. 478.

Erklärung des Erblassers, daß die von einem Anderen geschriebene Urkunde seinen letzten Willen enthalte.

Entsch. vom 25. Nov. 1857, Nr. 11827 (Best. der gleichförmigen Urtheile der Prätur Cremona vom 23. April 1857, Nr. 3413, und des O. L. G. Mailand v. 22. August 1857, Nr. 8643). Gaz. d. Trib. 1857, S. 532 ff.; 1858, S. 18.

Der Erblasser hatte einem befreundeten Advocaten den Auftrag gegeben, ein Testament zu entwerfen, welches übrigens bis auf einen

Punkt mit einem schon viele Jahre früher errichteten genau übereinstimmt. Der Advocat las in Gegenwart des Erblassers und der drei Testamentszeugen das Testament vor, und fragte dann jenen, ob es so recht sei. Dieser antwortete: „Ja!" und setzte, da er zu schwach war, um zu schreiben, ein Kreuzzeichen unter die Urkunde, welche die drei Zeugen sofort unterfertigten. Gegen die Giltigkeit dieses Testamentes wird nun eingewendet, daß die Erklärung des Erblassers, dem §. 565 a. b. G. B. zuwider, nur in der Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages bestehe. — Alle drei Instanzen halten das Testament aufrecht. Sie berufen sich zunächst darauf, daß die hier angeführten und die übrigen, die Errichtung des Testamentes begleitenden Umstände nicht den geringsten Zweifel darüber lassen, daß dasselbe dem Willen des Erblassers genau entspreche. Weiter heißt es in den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes: „Zur Giltigkeit des Testamentes ist im vorliegenden Falle nur erforderlich, daß die in den §§. 579 und 580 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind; es ist also lediglich zu untersuchen, ob der Erblasser die vorliegende Urkunde vor den Zeugen als sein Testament bestätigt habe, oder nicht? In dieser Beziehung ist nun auch nach §. 579 a. b. G. B. nicht eine materielle Aeußerung des Testators den Zeugen gegenüber in dem Sinne erforderlich, daß die Urkunde wirklich seinen letzten Willen enthalte, sondern es genügt, daß er dies durch ein Benehmen an den Tag lege, welches den Zeugen die moralische Ueberzeugung von der Identität des Schriftstückes verschafft.

Nr. 479.

Bestellung eines Ausgedinges „bis zu dem Ableben beider Eheleute".

Entsch. vom 25. Nov. 1857, Nr. 12176 (Best. des Urtheils des B. G. Mährisch-Neustadt v. 1. Dec. 1856, Nr. 3804, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Brünn v. 23. Juli 1857, Nr. 4821). G. H. 1858, Nr. 5.

In dem §. 3 des zwischen dem B und dessen Vater bezüglich des Bauerngrundes Nr. 39 in Liebau abgeschlossenen Kaufvertrages vom 30. September 1846 verpflichtete sich B, dem Verkäufer und dessen Eheweib A „bis zu ihrem Ableben" eine gewisse Quantität Getreide als Ausgeding in vierteljährlichen Raten zu verabreichen. Nach dem im Jahre 1857 erfolgten Tode des Vaters beanspruchte die überlebende Witwe A von ihrem Sohne B die Verabfolgung des ganzen Ausgedinges, wie es zu Lebzeiten des Vaters bestand, und in jenem Kaufvertrag bedungen war. Der Sohn B lieferte blos das halbe Ausgeding. Die A

trat daher gegen ihn mit einer Klage auf Zuerkennung des ganzen Ausgedinges auf.

Die erste Instanz gab dem Klagebegehren statt. Die zweite Instanz wies dasselbe aus folgenden Gründen zurück: „Das fragliche Ausgeding ist für beide Eheleute stipulirt, ohne daß dieselben ausdrücklich berechtigt worden wären, es zur ungetheilten Hand fordern zu können. Jedes der beiden Eheleute, welche sich hinsichtlich des besagten Ausgedinges in einer Gemeinschaft befanden, muß sich, da das Ausgedingsgetreide eine theilbare Sache ist, mit dem ihm gebührenden Theil begnügen, und da die Antheile nicht bestimmt sind, wird nach dem Gesetze jeder Antheil als gleichgroß angesehen (§§. 839, 888, 892 a. b. G. B.). Durch den Tod des einen Ausgedingers ist nun dessen nur auf Lebenszeit stipulirter Ausgedingsantheil erloschen, und es besteht nur noch der der überlebenden A schon vom Anfang an zustehende Antheil, nämlich die Hälfte des gesammten Ausgedinges aufrecht."

Die dritte Instanz bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Nach den Entscheidungsgründen wird das Ausgeding als ein Theil des Kaufschillings angesehen, und hieraus gefolgert, daß das Ausgedinge, sobald es für das Ableben beider Theile bedungen wurde, auch bei dem Ableben eines Theiles vollständig berichtigt werden müsse, es wäre denn, daß für diesen letzteren Fall die verminderte Abstattung des Ausgedinges eingeräumt worden wäre. „Die in dem Kaufvertrag vom 30. September 1846 unbeschränkt bedungene Ablieferung des Ausgedinges bis zu dem Ableben beider Eheleute läßt daher, da die vertragschließenden Theile wohl füglich ein gleichzeitiges Absterben beider Ausgedinger nicht vor Augen haben konnten, keine andere Deutung zu, als daß dasselbe vollständig selbst bei dem Vorhandensein nur eines Theiles entrichtet werden müsse. Die vom Geklagten angestrebte Anwendung des §. 915 a. b. G. B. endlich greift hier nicht Platz, da das Ausgedinge, wie bereits erwähnt, als ein Theil des Kaufschillings, und daher nicht als eine Schenkung betrachtet werden kann."

Nr. 480.

Manifestationseid. Bedingungen der Zulässigkeit desselben.

Entsch. v. 1. Dec. 1857, Nr. 11357 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien vom 30. Dec. 1856, Nr. 41585, abänd. Urtheils des O. L. G. Wien v. 30. Juni 1857, Nr. 4332). G. Z. 1858, Nr. 155.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Der Offenbarungseid setzt nach §§. 219 und 220 a. G. O. eine bestehende Verpflichtung des Delaten voraus, ein Vermögen oder Schulden

anzugeben, und die richterliche, nicht von Amtswegen, sondern nach vorgängiger Streitverhandlung geschehende Auferlegung dieses Eides kann (auch im Sinne des Hofdecretes vom 16. December 1791, Wessely I, Nr. 760) nur gerechtfertigt werden, wenn der Deferent ein gegründetes Besorgniß der verkümmerten Angabe zu bescheinigen vermag. Dies liegt in der Natnr dieses Rechtsmittels, welches an sich den Charakter des Reinigungseides hat, und für den dazu Genöthigten immer ein verletzendes Mißtrauen ausdrückt, weshalb ihm eben die gesetzliche Möglichkeit offen bleibt, sich der Ablegung zu widersetzen."

Nr. 481.

Beweis des Zustandekommens eines entgeltlichen Vertrages, wenn auf der Vertragsurkunde nur einer der Contrahenten unterschrieben ist.

Entsch. vom 2. Dec. 1857, Nr. 12241 (Best. des Urtheils der Prätur Bozzolo vom 7. Mai 1857, Nr. 2418, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Mailand v. 29. August 1857, Nr. 9409). Gaz. d. Trib. 1858, **S. 62 ff.**

In einem Rechtsstreite über den Bestand einer Hausservitut berief sich A, der Besitzer des herrschenden Grundes, auf einen Vertrag vom 21. April 1784, vermöge dessen N, der Vormann des Geklagten, dem Vormann des Klägers, M, die Servitut gegen ein bestimmtes Entgelt einräumte. Auf dieser Urkunde fehlt jedoch die Unterschrift des M, während N nicht blos unterschrieben ist, sondern auch auf demselben Blatte den Empfang des Entgelts bestätigt hat. Die erste und dritte Instanz entschieden im Sinne des Klägers, die zweite war dagegen der Ansicht, daß jene Urkunde nicht berücksichtigt werden könne.

Gründe der ersten Instanz: „Daraus, daß die fragliche Urkunde nicht auch von M unterschrieben ist, ist keineswegs zu folgern, daß die Verbindlichkeit, welche N ihm gegenüber übernahm, von ihm nicht angenommen wurde; denn diese Annahme wird durch die Entgegennahme des Schriftstückes, welches dem gegenwärtigen Kläger der Reihe nach von seinen Vormännern überliefert wurde, außer Zweifel gestellt. — Es ist überdies zu bemerken, daß nach dem zur Zeit der Errichtung der Urkunde geltenden gemeinen Rechte zur Uebertragung des Eigenthums einer Sache oder eines Rechtes es genügend war, daß der Wille des Tradenten in deutlicher Weise ausgedrückt sei. Nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam. §. 44 Instit. de rer. divis. (2, 1.) — Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in presentia sit, videri mihi traditam Priscus ait; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem,

sed etiam oculis et affectu. L. 1. §. 21 D. de adquir. vel amitt. posses. (41, 2.) Nun wurde aber durch die Thatsache der Uebergabe dieser Schrift der Wille des N, Vormannes des Geklagten, dem M, Vormanne des Klägers, die fragliche Servitut einzuräumen, hinlänglich deutlich ausgedrückt, und es war also nach dem damals geltenden Rechte eine förmliche Annahme von Seite des Erwerbers dieses Rechtes zum Uebergange desselben auf ihn nicht nöthig."

Gründe der zweiten Instanz: „Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um ein einfaches Zugeständniß zu Gunsten des M, sondern um gegenseitige Zugeständnisse und Verabredungen, die also nur durch die Intervention beider Theile definitiv festgehalten werden konnten. Daß beide Theile sich bei der Ausfertigung der Urkunde betheiligen sollten, ist auch aus der ganzen Haltung derselben, namentlich daraus zu entnehmen, daß es darin heißt: „„Die Unterzeichneten sind über Nachstehendes übereingekommen"". und am Schlusse „„Urkund dessen haben beide Theile unterschrieben"". Das also, was in dem Schriftstücke vom 21. April 1784 vorkommt, konnte nicht als definitiv abgeschlossen angesehen werden, und somit zur Unterstützung der Klage nicht ausreichen."

Gründe der dritten Instanz:. „Wenngleich M das erwähnte Schriftstück nicht unterfertigt hat, so kann doch nicht daran gezweifelt werden, daß er auf die darin enthaltene Weise den Vertrag eingegangen ist, da er das Schriftstück entgegennahm, es aufbewahrte und dem Nachmanne übergab, überdies das Entgelt mit 161 Lire.... zahlte. Es läßt sich ferner auch nicht daran zweifeln, daß jener Vertrag wirklich ausgeführt wurde, da sich nicht annehmen läßt, daß M das erwähnte Entgelt gezahlt hätte, ohne sogleich von dem ihm gemachten Zugeständnisse Gebrauch zu machen."

Nr. 482.

Beweislast in Ansehung des Gegenstandes eines allgemein lautenden Ausgleichs.

Entsch. vom 9. Dec. 1857, Nr. 11155 (Bestätigung des Urtheils des städt.-deleg. B. G. Brünn v. 4. Juni 1857, Nr. 9284, Abänd. des Urtheils des O. L. G. Brünn v. 13. August 1857, Nr. 5695). G. H. 1858, S. 65 ff.

A hatte am 1. November 1853 von B die Mauthstation Goldenbrunn auf drei Jahre um den jährlichen Pachtschilling von 1070 fl. in Afterpacht genommen, und zur Sicherstellung seiner Pachtverbindlichkeiten dem Afterverpächter eine Caution von 120 fl. übergeben, welche nach aufgelöstem Pachtverhältniß zurückzustellen, mittlerweile aber mit 5% zu

verzinsen war. In Folge entstandener Mißhelligkeiten lösten A und B den Pacht schon nach Ausgang des ersten Jahres auf, bei welcher Gelegenheit ein Ausgleich getroffen wurde, über welchen sie sich gegenseitig folgenden Brief ausstellten: „Ich bestätige Ihnen hiermit, daß wir uns unter Heutigem bezüglich der Mauthstation Goldenbrunn ausgeglichen haben. Brünn, 6. December 1854." A klagte nun auf Rückstellung der Pachtcaution. B beruft sich auf die erfolgte Ausgleichung, indem er behauptet, daß sie eine gegenseitige gewesen sei, was sich aus der Ausstellung des Briefes von Seite des Klägers an den Geklagten ergebe, und daß sie sonach auch einen Ausgleich bezüglich der Caution, als einer ebenfalls aus dem Pachtverhältniß hervorgehenden Forderung, involvire. Uebrigens sei bei diesem Ausgleich ausdrücklich die Caution per 120 fl. bei Berechnung des rückständigen Pachtschillings mit in Einrechnung gebracht worden, über welchen Umstand er dem Kläger den referiblen Haupteid aufträgt. Kläger nimmt in der Replik diesen Haupteid an, erbietet sich aber überdies zum Beweise des Umstandes mittelst des dem Geklagten aufgetragenen referiblen Haupteides, daß er sich bei Gelegenheit des Ausgleichs die Rückforderung der Caution zu beliebiger Zeit vorbehalten, und der Geklagte die Rückstellung auf jedesmaliges Verlangen zugesichert habe. In der Duplik nimmt Geklagter diesen Haupteid an und behauptet, daß es nicht auf den von ihm in der Einrede dem Kläger, sondern auf den in der Replik ihm (Geklagten) aufgetragenen Haupteid ankomme, indem nicht ihm der Nachweis, daß die Caution bei dem Ausgleich mit in Einrechnung gebracht, sondern dem Kläger der Beweis, daß die Rückstellung der Caution vorbehalten wurde, obliege.

Die erste Instanz erkannte auf den in der Einrede aufgetragenen Haupteid aus folgenden Gründen: „Da der Geklagte zugibt, daß er vom Kläger einen Betrag per 120 fl. CM. gegen 5% Verzinsung als Caution für den von dem Letzteren übernommenen Pacht der Mauthstation Goldenbrunn erhalten hat, und daß dieser Pacht Ende October 1854 durch beiderseitiges Einverständniß aufgelöst worden, so wäre der Geklagte nach §. 1369 a. b. G. B. zur Rückstellung der Caution verbunden. Es kommt weiters nur darauf an, ob die vom Geklagten vorgebrachte Einwendung, daß diese Caution bei Auflösung des Pachtverhältnisses in den beim Kläger rückständigen Pachtschilling eingerechnet, sohin dem Geklagten als Zahlung einer Schuld übergeben wurde, wahr ist. Der vom Geklagten allegirte Brief des Klägers ddo. Brünn, 6. December 1854, ist nicht geeignet, den Beweis über diese Thatsache herzustellen, denn die darin beurkundete Ausgleichung ist so allgemein gehalten, daß sie des streitigen Thatumstandes nicht erwähnt. Bei diesem Umstande konnte nur auf den über die Thatsache der Einrechnung der Caution in den rückständigen Pachtschilling von dem Geklagten dem Kläger aufgetragenen und von diesem angenommenen Haupteid erkannt, und hievon die Entscheidung abhängig gemacht werden."

Die zweite Instanz erkannte auf unbedingte Abweisung des Klagebegehrens aus folgenden Gründen: „Streitig ist lediglich, ob der Ausgleich in der Art, wie Kläger es behauptet, daß nämlich Geklagter zur Herausgabe der Caution per 120 fl. an den Kläger verpflichtet sei, oder in der Weise, wie Geklagter anführt, daß nämlich derselbe durch jenen Ausgleich von dieser Herausgabe der fraglichen 120 fl. befreit worden sei, zu Stande gekommen ist. Bei Vorlage der erwähnten beiden Briefe, wodurch beide Theile bestätigen, daß sie sich bezüglich der Mauthstation Goldenbrunn gänzlich ausgeglichen haben, kann es gemäß §. 887 a. b. G. B. keinem rechtlichen Zweifel unterliegen, daß der Kläger sachfällig.... werden muß, ohne daß eine Nothwendigkeit vorliegt, in eine Erörterung der weiters von beiden Streittheilen geltend gemachten Anführungen und Beweismittel einzugehen. Denn nach obiger Gesetzesstelle kann auf die vom Kläger angeführten mündlichen Verabredungen, welche zugleich bei Errichtung jener Urkunden geschehen sein sollen, aber mit diesen letzteren nicht übereinstimmen, kein Bedacht genommen werden, und bei dem ganz allgemein lautenden Inhalte der gedachten Urkunden, welche eines Vorbehaltes rücksichtlich der Caution nicht erwähnen, vermag hieraus zu Gunsten des Klägers umsoweniger etwas abgeleitet werden, als die Cautionsleistung einen Bestandtheil des zwischen ihm und dem Geklagten stattgefundenen Afterpachtverhältnisses bildete."

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Die Gründe lauten: „Die der Klage und Einrede beiliegenden Ausgleichsbestätigungen enthalten nur die allgemeine Bestätigung, daß sich Kläger mit dem Geklagten bezüglich der Mauthstation Goldenbrunn ausgeglichen habe. Die näheren Bestimmungen und Bedingungen, unter welchen diese Ausgleichung erfolgte, werden darin nicht angeführt, und eine schriftliche Vergleichsurkunde nicht beigebracht, daher aus diesen Urkunden nicht entnommen werden kann, ob die Rückstellung der Pachtcaution einen Gegenstand der Ausgleichung gebildet habe, und ob sohin die dermal gestellte Forderung auf Rückstellung der Caution mit den getroffenen Verabredungen übereinstimme oder nicht, weshalb der §. 887 a. b. G. B. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Die vom Kläger zu Handen des Geklagten erlegte Pachtcaution ist nach den Bestimmungen des §. 1368 a. b. G. B. ein Pfand, welches zur Sicherstellung der vom Kläger im Pachtvertrag übernommenen Verpflichtungen gegeben wurde. Das diesfällige Pachtverhältniß ist aufgelöst, und die aus diesem Vertragsverhältniß abgeleiteten gegenseitigen Ansprüche sind ausgeglichen, daher Geklagter nach Erlöschung dieses Verhältnisses und gegenseitiger Ausgleichung der Ansprüche gemäß §. 1369 a. b. G. B. gehalten ist, das zu deren Sicherheit erhaltene Pfand zurückzustellen, indem in den erwähnten Urkunden nicht enthalten ist, daß auch bezüglich desselben die diesfalls bestehende gesetzliche Vorschrift des §. 1369 angewendet werden muß. Da nun der Geklagte der auf diese gesetzliche Vorschrift gestützten Behauptung des Klägers die Einwendung entgegengesetzt, daß auch

die Caution einen Gegenstand der Ausgleichung gebildet habe und eingerechnet worden sei, so liegt ihm auch der Beweis hierüber ob, auf welchen Beweis daher auch die erste Instanz mit vollem Rechte erkannte."

Nr. 483.

Nothwendigkeit der Rechtfertigung eines erwirkten Verbotes.

Entsch. vom 9. Dec. 1857, Nr. 12433 (Best. des den Bescheid des B. G. Rokitzan v. 31. Mai 1857, Nr. 2886, abändernden Bescheides des O. L. G. Prag v. 10. August 1857, Nr. 14518). G. Z. 1858, Nr. 43.

Auf Einschreiten der Finanzprocuratur, als Vertreterin des M'schen Stiftungsfondes, war das Verbot auf mehrere dem B zustehende Forderungen behufs der beabsichtigten Sicherstellung und künftigen Hereinbringung der dem B zur Last fallenden Rechnungsersätze bewilligt worden. Die Finanzprocuratur stellte nun das Gesuch, daß auf Grund des Hofdecretes vom 24. October 1806, Nr. 789 J. G. S. (Wessely I, Nr. 1101) erklärt werde, die ausgesprochene Verbotsverwilligung bedürfe einer Rechtfertigung im gerichtlichen Wege nicht, und sei vielmehr schon von selbst für gerechtfertigt zu halten. Diesem Ansuchen gab die erste Instanz statt. Die zweite Instanz wies dasselbe ab, und der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung; „denn eine Ersatzpflicht des B ist noch nicht ausgesprochen, sondern blos eine Sicherstellung allfälliger Ersätze eingeleitet, und zwar in unbestimmter Höhe, und es kann nicht angehen, daß das Vermögen eines Privaten mit einer solchen Haftung durch eine unabsehbare Reihe von Jahren bebürdet bleibe. Ob über die sichergestellten Ersätze ein Rechtsstreit abzuführen sein wird, kann sich erst aus der zu gewärtigenden Erledigung der Administrativbehörde ergeben."

Nr. 484.

Ersitzung wider den Tabularbesitzer.

Entsch. v. 9. Dec. 1857, Nr. 12573 (Best. des das Urtheil des L. G. Wien v. 12. August 1856, Nr. 18221, abändernden Urtheils des O. L. G. Wien v. 2. Sept. 1857, Nr. 6269). G. Z. 1858, Nr. 154.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Das Eigenthum unbeweglicher Sachen, das in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, kann auch gegen die begünstigten Personen durch den

Besitz von 40 Jahren erworben werden (§. 1472 a. b. G. B.), und dieser Ersitzung steht die Verjährung des einverleibten Rechtes gegenüber, weil die Einverleibung nur ein Mittel, die Ausübung des Rechtes zu sichern, nicht aber die Ausübung selbst ist. Es kann daher auch Demjenigen, der durch die Eintragung im öffentlichen Buche das ausschließende Besitzrecht hat (§. 322 a. b. G. B.), von Dem, welcher im unzweifelhaften physischen Besitz der Sache ist, deren Abtretung der Intabulirte fordert, die durch Verjährung jenes Besitzrechtes, rücksichtlich durch die Ersitzung von Seite des Geklagten erfolgte Erwerbung im Wege der Einwendung entgegengestellt werden."

Nr. 485.

Unzulässigkeit der Verbücherung der Erklärung, worin die Löschung einer Satzpost „nach Extabulirung des darauf haftenden Supersatzes" bewilligt wird.

Entsch. v. 9. Dec. 1857, Nr. 12727 (Best. der gleichförmigen Bescheide des Kr. G. Stanislau v. 30. Juli 1856, Nr. 3160, und des O. L. G. Lemberg v. 3. Dec. 1857, Nr. 20246). G. Z. 1858, Nr. 39.

A erstand im Wege der executiven Feilbietung eine Realität, auf welcher eine Satzpost per 1600 Ducaten für die B einverleibt war, deren Zahlung er im Einverständniß mit der B übernahm. Auf dieser Satzpost war weiters für die C eine Forderung von 700 fl. versichert. A fand sich hierauf mit der B wegen jener 1600 Ducaten durch Vertrag vom 17. December 1855 ab, und diese stellte eine Urkunde aus, in welcher sie in die Löschung der zu ihren Gunsten intabulirten 1600 Ducaten einwilligte, so daß diese nach Löschung des Supersatzes per 700 fl. gelöscht werden könnten. A's Rechtsnachfolger baten nun um Intabulation des Rechts, die Summe von 1600 Ducaten an die B nicht zu zahlen und dieselben nach Extabulirung der Superlast löschen zu lassen. Alle drei Instanzen wiesen dieses Gesuch ab; der oberste Gerichtshof in der Erwägung, „daß, da die C zu jenem Vertrag vom 17. Dec. 1855 nicht beigezogen worden, sie denselben gegen sich gelten zu lassen nicht schuldig sei, und daß die Frage, inwieferne die Löschung der Satzpost per 1600 Ducaten nach Extabulirung des Supersatzes per 700 fl. stattfinden könne, bis zu welcher Extabulirung sich der Tabularstand ändern könne, im Voraus sich nicht entscheiden lasse".

Nr. 486.

Einwendung der Ungiltigkeit einer letztwilligen Anordnung nach Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist.

Entsch. vom 11. Dec. 1857, Nr. 12439 (Best. des das Urtheil des L. G. Mailand vom 19. Mai 1857, Nr. 6500, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 5. Sept. 1857, Nr. 10997). Gaz. d. Trib. 1858, S. 51 ff.

M ernannte in seinem Testamente seinen Sohn B zum Universalerben, setzte jedoch dem A ein Legat von 30.000 Lire aus. Am 26. Juli 1842 erklärte B, daß er das Testament als ungiltig ansehe, da es vom Erblasser nicht eigenhändig geschrieben, und dennoch nur von zwei Zeugen unterschrieben sei, sowie daß er die Erbschaft als gesetzlicher Erbe antrete. Das Gericht nahm diese Erbserklärung an, setzte den Erben in Besitz und Genuß der Erbschaft, und verständigte den Legatar von dem Vermächtniß und von dem wider die Giltigkeit desselben erhobenen Widerspruch. — Am 15. April 1846 überreichte A die Klage auf Auszahlung des Legates. B wendete die Ungiltigkeit des Testamentes ein. A bot nun zwar den Zeugenbeweis über Umstände an, aus denen die Giltigkeit des Testamentes hervorgehen sollte, bestritt aber zugleich das Recht des Geklagten, das Testament jetzt noch anzufechten. Die erste Instanz erkannte dem Klagebegehren gemäß, indem sie anführte, daß der Satz: Quae temporalia sunt ad agendum, sunt ad excipiendum perpetua — keine unbedingte Geltung habe, namentlich nicht nach österreichischem Recht. Die zweite Instanz sprach sich für die entgegengesetzte Ansicht aus, und ließ daher den vom Kläger eventuell angebotenen Zeugenbeweis zu. Dieses obergerichtliche Erkenntniß ward vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen bestätigt: „Das Recht auf die Erbschaft seines Vaters stand dem B sowohl nach dem Testamente vom 7. Juni 1842 als auch auf Grund der gesetzlichen Erbfolge zu. Es war also, besonders da er der einzige Erbe ist, der Fall des Zusammentreffens mehrerer, auf verschiedene Erbtitel sich stützender Erbschaftsprätendenten nicht vorhanden, welcher Fall allein die Verzögerung der Verlassenschaftsabhandlung und der Einantwortung im Wege des Verfahrens außer Streitsachen insolange nothwendig macht, als nicht im ordentlichen Processe über die widerstreitenden Erbschaftsansprüche entschieden ist. Es finden auch auf den Fall die Bestimmungen der §§. 808 und 726 a. b. G. B. keine Anwendung; denn diese setzen voraus, daß die Legatare ihre Ansprüche zum Mindesten auf einen dem äußeren Anscheine nach giltigen letztwilligen Act stützen können, und daß sie nicht, wie im vorliegenden Fall, sogleich mit der Ursache, um derentwillen wider die Giltigkeit des Actes Einsprache erhoben wird, bekannt gemacht werden. Es ist auch wohl zu unterscheiden zwischen den Beziehungen mehrerer Personen, welche aus verschiedenen Erbtiteln auf ein Erbrecht und auf die Erbschaft rechnen, und

wo daher einige derselben die bestehende letztwillige Erklärung anfechten müssen, und den Beziehungen zwischen den Erben und den einfachen Legataren, welche in gewisser Hinsicht den Gläubigern der Verlassenschaftsmasse gleichgestellt sind, und bezüglich deren eine einfache Verständigung genügt, welche sie in Stand setzt, selbst das Legat von den Erben einzufordern und einzuklagen (§§. 812 und 817 a. b. G. B.). Es konnte daher der Kläger dem Geklagten gegenüber sich nicht auf die Verjährung im Sinne des §. 1487 a. b. G. B. deshalb berufen, weil der Geklagte nicht binnen drei Jahren die Klage auf Anerkennung der Ungiltigkeit des Testamentes vom 7. Juni 1842 eingebracht hatte, da die Möglichkeit der Anfechtung dieses Testamentes (facoltà dell'impugnazione), welche er vorläufig im Verfahren außer Streitsachen vorbrachte, sich für den Erben im Wege des streitigen Verfahrens erst von dem Augenblicke an ergab, wo der Kläger trotz jener Anfechtung den Anspruch auf Auszahlung jenes Legates durch seine Klage geltend machte."

Nr. 487.

Bedingung der Nichtverehelichung.

Entsch. vom 15. Dec. 1857, Nr. 10779 (Best. des das Urtheil der Prätur Zogno v. 7. Mai 1857, Nr. 1834, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 10. Juli 1857, Nr. 8706). Giorn. d. Giurispr. pr. 1858, S. 78 ff.

M hatte alle seine Kinder zu gleichen Theilen zu Erben der einen den Pflichttheil bildenden Hälfte seines Vermögens eingesetzt; auch die andere Hälfte sollten sie alle zu gleichen Theilen erben, die Mädchen jedoch nur dann, wenn sie sich nicht verheirathen. Diese Bestimmung wurde auf Grund des §. 700 a. b. G. B. als ungiltig angefochten, und vor der ersten Instanz mit Erfolg. Die beiden höheren Instanzen erklärten sie für giltig, und zwar der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen: „Betrachtet man die fraglichen testamentarischen Anordnungen nach ihrem vollen Sinn, so kann man aus ihnen weder ein ausdrückliches Verbot des Vaters, noch seine Absicht erkennen, den Töchtern das Heirathen zu verbieten oder zu erschweren. Die allgemeinen Ausdrücke des Erblassers ziehen zwei verschiedene Fälle in Betracht, den nämlich, daß sie heirathen, und den, daß sie unverheirathet bleiben, wobei für jeden dieser Fälle andere Anordnungen getroffen werden. Es war für den Erblasser gleichgiltig, ob seine Töchter heirathen oder unverheirathet bleiben; allein er erwog zu gleicher Zeit, daß, wenn sie in Folge ihres eigenen Entschlusses oder der Einwirkung der Umstände unverheirathet bleiben sollten, die Mittel, welche ihnen der Pflichttheil gewährt, leicht unausreichend sein

könnten zur Befriedigung der Bedürfnisse, für welche im entgegengesetzten Falle ein Ehegatte zu sorgen hätte. Für jenen Fall nun wollte er ihnen eine Unterstützung dadurch gewähren, daß er ihnen größere Subsistenzmittel zusicherte. So lange sie also unverheirathet bleiben, sind sie Nutznießerinnen des verfügbaren Theiles des ihnen zugefallenen väterlichen Nachlasses, und sie werden erst dann Eigenthümerinnen desselben, wenn sie sterben, oder wenn sonst kein Grund vorhanden ist, ihre Verheirathung als noch möglich zu denken. Im Augenblicke der Verheirathung dagegen erlischt ihr Recht auf das, was ihnen der Vater für den Fall der Ehelosigkeit zugedacht hat. Es war also die Absicht des Erblassers nicht, die Söhne den Töchtern gegenüber zu berücksichtigen, er wollte die Letzteren vielmehr zu gleichen Theilen erben lassen, und er machte nur für den einen Fall eine Ausnahme, daß die Töchter heirathen, und also auf diese Weise versorgt würden. Nicht die Absicht, den Töchtern die Ehe zu verbieten, sondern die Besorgniß, daß sie unverheirathet bleiben könnten, war also das Motiv seiner Anordnung. Weder nach dem Wortlaute des Testamentes, noch aus der daraus hervorleuchtenden Absicht des Erblassers ist also hier der im ersten Absatze des §. 700 a. b. G. B. vorgesehene Fall gegeben."

Nr. 488.

Reservatwälder. Unzulässigkeit der Ersitzung von Servituten an denselben.

Entscheidungen vom 16. Dec. 1857, Nr. 10273, vom 17. Dec. 1857, Nr. 11422 und 11423 (Bestätigung der Urtheile des L. G. Laibach vom 30. Dec., 14 Oct., 8. Juli 1856, Nr. 3757, 3758, 3303, Abänderung der Urtheile des O. L. G. Graz v. 5. August 1856, Nr. 2400, 8018, 8017). G. Z. 1858, Nr. 30.

In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes wird hervorgehoben, „daß sich im Civilrechtswege an die bestehenden Gesetze zu halten und in keine Erörterung einzugehen sei, ob sie den geänderten Zeitverhältnissen noch entsprechen, indem diese Prüfung Sache der Gesetzgebung sei, die auch für Fälle dieser Art, das Hoheitsrecht über Waldungen festhaltend, der Billigkeit und den Zeitverhältnissen im §. 2 der kais. Verordnung vom 15. Juli 1853, Nr. 130 R. G. Bl., durch Anweisung der diesfälligen Landescommissionen, jedoch nicht in der Art Rechnung getragen hat, daß von dem Forsthoheitsrechte bei richterlicher Entscheidung von Waldstreitigkeiten ganz abzusehen, und die Reservatwaldungen wie bloße gewöhnliche Staatswälder zu behandeln seien". Es wird ferner hervorgehoben, daß, „sowie es nicht

angeht, in Fällen des reinen Privatrechtes den Eigenthumsbegriff von dem bezüglichen Objecte in einem concreten Falle dergestalt loszureißen, daß zwar das Object für den Eigenthümer durch Usucapion und Präscription verloren gehe, das Eigenthumsrecht ihm aber auf dieses Object dennoch verbleibe, dies eben so wenig bei Regalsobjecten zulässig sei, das Servituten im Sinne des Privatrechtes aber immerhin Beschränkungen und Verkümmerungen des Eigenthumsrechtes selbst seien, und Präscription und Usucapion Verluste des Eigenthümers, Erwerbungen gegen ihn ohne seine ausdrückliche Zustimmung begründen". Ferner heißt es: „Unter dem, dem römischen Rechte unbekannten Ausdrucke regalia minora — im Gegentheil zu den eigentlichen Majestätsrechten (regalia majora) — wurde die Widmung (Vorbehalt, Reservat) gewisser Sachen im Lande für den Landesfürsten zur Hofhaltung und zur Bestreitung der Regierungskosten verstanden. Es wurde dabei mit dem Worte: Regale sowohl das Bezugsrecht (Benützungsrecht) des Landesfürsten, als auch die Sache selbst, worauf das Regalitätsrecht haftete, bezeichnet, mochte die Sache bereits im ausschließenden Besitze des Landesherrn sein, oder erst in denselben zu kommen haben. In letzterer Beziehung wurde das Regalrecht als eine auf der Sache selbst haftende Eigenschaft oder Last angesehen, mit der sie von einem Unterthan an den andern bis zur Besitzergreifung des Landesherrn übergehen konnte, insoweit nicht diese Sache mit einem speciellen Lehens- oder Fideicommißbande behaftet war. Durch die Ueberlassung der Landeshoheit von den römisch-deutschen Kaisern an die Großen des Reiches unter Lehenband wurden auch die mit überlassenen Regalien Hoheitsrechte genannt, wie sie auch in dem §. 287 und §. 1456 a. b. G. B. noch vorkommen. Da der Besitz und die Disposition mit den Regalsachen ursprünglich ausschließend den römisch-deutschen Kaisern zukam, sie also kein Privat (subditus) ohne Bewilligung der Majestät (ohne Belehnung) besitzen oder benützen konnte, so mußte auch der Grundeigenthümer, wenn er Bergbau unter seinem Grund betreiben wollte, die landesfürstliche Bewilligung (Verleihung, Belehnung) ansuchen. Der Bergbau konnte aber ohne Holz nicht betrieben werden, das Holz, der Wald war also ein Zugehör des Bergbaues, und da dieser nur in den Gebirgen betrieben wurde, so wurden auch die Hoch- und Schwarzwälder mit dem Bergbau als Regale erklärt und beide dem bestellten Bergmeister und seinen Geschworenen untergeordnet, was auch mit Rücksicht auf die Zeit und die Zeitverhältnisse der Regalsschöpfung, bei der Nichtbevölkerung der Hochgebirge, der fast vollständigen Werthlosigkeit des Holzes, dem Mangel eines speculativen Handels damit, so daß die Wälder als freie Bestandtheile des Landes außer bestimmter Substanzoccupation erschienen, — füglich geschehen konnte, zumal wenn den schon hie und da bestehenden Ansässigkeiten und ihrem geringen Holzbedürfnisse durch Zuweisung des Bedarfs, den entstehen-

den aber durch entgeltliche Einforstungen oder doch unentgeltliche Holzabgabe im Gnadenwege Rechnung getragen wurde. So kamen mit dem Freiheitsbriefe Kaiser Friedrich's I. ddo. Ratisbonae 18. Calendas Octobris 1156 (cuncta etiam secularia judicia, bonum silvestrium et ferinarum, piscinae et nemora in ducatu Austriae debent jure feudali a duce Austriae dependere) und durch die mehreren nachgefolgten Bestätigungen, insbesondere Kaiser Karl's V. ddo. Augsburg 8. September 1530 (Alle weltliche Gericht, Schätz, Bergwerk, Münz, Wildpann, Fischerei, Weid und Forst in ihren obbemeldeten Landen sollen von denselben Erzherzogen zu Lehen sein) mit der Landeshoheit auch die Landesregalien an die österreichischen Landesfürsten, welche, sowie andere Landesherren (z. B. wie der Erzbischof von Salzburg) für das nicht blos voluptuare, sondern Renten tragende Berg- und Forstregale besondere Sorge trugen, daher dieses der niederösterreichischen Kammer (später Hofkammer, endlich Bergwesens-Hofkammer) zur ausschließenden Administration und Aufsicht unterordneten, woher diese Güter Kammergüter, wie dieser Ausdruck auch im §. 287 a. b. G. B. in enumeratione partium des Staatsvermögens vorkommt, später auch „„montanistische Kammergüter““ benannt wurden. Das diesfällige Territorium, welches bestimmte Regalsacte des bereits aufgeschlossenen Bergbaues umfaßte, vom Einflusse der Stände des Landes ganz frei, daher nicht inkatastrirt war, eine eigene politische Verfassung besaß, und somit gleichsam einen statum in statu bildete, der von der Civilgesetzgebung des Landes in vielen Stücken abwich, — dieses Gebiet wurde per eminentiam „„Kammergutsbezirk““ (Eisenkammerguts- und Salzkammergutsbezirk) genannt. Anfangs wurde das mit dem Bergregale innig verbundene Forstregale sowohl rücksichtlich der schon incamerirten, als der erst zu incamerirenden Waldungen durch specielle Verordnungen (Mandate) und durch allgemeine Bergordnungen geregelt und geschützt. In Folge dessen erklärte die Ferdinandeische Verordnung vom 1. Mai 1553, die erst durch das Berggesetz vom 23. März 1854 in Bergsachen erlosch, im Art. I: „„daß alle Bergwerke, wo die allenthalben in unseren Fürstenthümern, Landen und Herrschaften, wo sie je zu in Wesen sind, oder in's Künftige aufzuschlagen gebaut werden, sammt allen Wasserflächen, Hoch- und Schwarzwäldern und anderen anhängenden Zugehörungen und Stücken, ohne welche unsere Bergwerk nicht mögen nützlich erhebt, gebaut und in Aufnahme gebracht werden, ohne alles Mittel als unser Kammergut zustehen, so wollen Wir uns dieselben hiemit gänzlich vorbehalten, so daß sich Niemand unterstehe, dieselben Bergwerk aus eigener Gewalt, ohne besondere Unsere Erlaubniß und Bewilligung aufzuschlagen, zu bauen und zu arbeiten, noch in den Wäldern, Wasserflüssen, Wegen und Stegen zu und von Bergwerken oder sonst einigerlei gefährliche Verhinderung, Eingriff und Irrung zu thun““. Nachdem hierauf im Artikel 101 und 102 bestimmt ist, daß, „„wenn Schlösser, Klöster einen

Hoch- oder Schwarzwald haben, dessen sie nothdürftig sein, und daß, wenn an den Orten, wo Bergwerke gebaut werden, Bürger, Bauern oder Andere eingezäumte Wälder haben, ihnen solche auch ohne Irrung, aber mit dem Vorbehalte bleiben, daß ihnen nach Erkenntniß der Bergrichter und Geschwornen ziemlich abgebrochen werde"" — heißt es im Artikel 103: „„Wo aber die Unterthanen oder Andere nicht eingezäumtes Holz hätten, damit sie versehen wären, denselben soll der Bergrichter sammt den Geschwornen zu ihren Gütern und Hausnothdurften ein Auszeigen thun."" Dasselbe kommt im Artikel 105 bezüglich der den Bergwerken auf eine halbe Meile Weges oder mehr nahe gelegenen und im Verbot gelegten Wälder vor, „„daß wenn die Nachbarn derselben Ort zu ihrer Hausnothdurft etwas bedürftig wären, daß soll ihnen der Bergrichter vergönnen und ziemlicher Maßen auszeigen"". Hieher gehört auch der Artikel 107: „„Daß der Bergrichter hiefür die Wälder zu verleihen habe, der aber, dem sie also geliehen werden, soll sie nicht verkaufen, und wo er derselben zu gebrauchen nicht nothdürftig wäre, so sollen alsdann dieselben Wälder wieder frei, und die Verleihung ab sein."" Der Artikel 114 bestimmt, „„daß derjenige, der der Wälder halber Freiheit zu haben vermeint, diese dem Bürgermeister anzuzeigen habe"". — Ueber die bei der inneröſterreichischen Regierung, welche über die Contentiosa in Waldsachen mit Zuziehung von Kammerräthen in consessu de causis summi principis zu entscheiden hatte, in Folge eines Forstprocesses entstandene Controvers wurde mit kaiserlicher Resolution vom 20. März 1679 entschieden: „quod quilibet in regalibus cogatur fisco edere titulum". Es bestand also der Grundsatz, daß der Waldbesitzer die landesfürstliche Verleihungsurkunde vorzuweisen habe, wie dies nach dem Lehenrechte — nach welchem auch die Reichslehen und die Afterlehen beurtheilt wurden — der Fall war. Deutlich erhellt dies insbesondere auch aus dem Artikel 4 der steirischen Waldordnung. Im Wesentlichen mit der Ferdinandeischen Bergordnung war die krainerische vom 23. Februar 1575, §§. 1, 2, 4, 6 und 7 übereinstimmend, und die krainerische Waldordnung vom 23. November 1771 bezieht sich am Schlusse auf die im Jahre 1553 emanirte Ferdinandeische niederösterreichische Berg- und Waldordnung, und auf andere in Sachen ergangene Verordnungen, bei welchen es sein unabänderliches Verbleiben habe. Darunter ist nun wohl auch sicher das Mandat vom 10. April 1660, Nr. 30 und IV begriffen, sowie die anderen von der Hofkammer für den Kammergutsbezirk Idria ergangenen speciellen Waldvorschriften. Die unter Kaiser Josef II. erfolgte Aufhebung der in der Theresianischen Waldordnung Art. 50 belassenen Widmung, in Folge welcher die Waldungen bestimmten nächstgelegenen Gewerken zum Kohlenbezuge zugewiesen waren, wurde als eine Aufhebung des Waldreservates selbst aufgefaßt, dieser dem landesfürstlichen Waldeigenthume und Bergregale äußerst nachtheilige Irrthum aber durch das Hofkanzleidecret vom 14. Juni 1804, Nr. 9609, abgestellt,

und den Gutsbesitzern jeder Eingriff in das erwähnte Waldeigenthum und Bergregale unter schwerster Verantwortung verboten und zugleich erklärt, daß gegen das Reservatsrecht nie eine Verjährung Platz greifen könne. Die Verordnung wurde von der obersten Justizstelle am 27. September 1805, Nr. 3762, dem niederösterreichischen Appellationsgerichte zur Kundmachung an die Gerichtsbehörden mitgetheilt. Will man nun den Ausspruch der Nichtpräscription auf das Recht des Staates, Wälder für den Bergbau künftig im Sinne des §. 365 des spätern a. b. G. B. in Anspruch zu nehmen, beschränken, so kann diese Vorschrift doch nicht dahin gedeutet werden, daß die vom Staate kraft des Regalrechtes schon besessenen Wälder von nun an minder begünstigt sein sollten, als sie es bezüglich der Präscription und der staatsrechtlichen Bestimmungen früher waren, wenn auch im Proceßverfahren es von der kaiserl. Verordnung vom 20. März 1679, durch die spätere Gerichtsordnung und insbesondere durch das Hofdecr. vom 15. Jänner 1787, lit. cc, Nr. 621 J. G. S., sein Abkommen erhielt. Wenn auch die steierische Waldordnung vom 26. Juni 1767 durch die Laibacher Gubernialverordnung vom 10. October 1814, Nr. 10983, und vom 31. August 1816, Nr. 9271, für Krain nicht eingeführt worden ist, so ist sie doch als die deutlichste Erklärung des Forsthoheits- und Reservatsrechtes für jene Orte, wo es Regalwaldungen gibt und keine so umständliche Begriffserklärung erfolgt ist, wegen der gleichartig gepflogenen administrativen Behandlung der Hoheitswaldungen von großer analoger Bedeutung, besonders die Artikel 1, 2, 10, deren letzterer bestimmt: „daß wenn Unterthanen und sonst Männiglich in ihren Kaufrechten, Bestandinhabungen, oder in anderem Wege nicht ausgezeigte Heimhölzer, Schachen und Fürhaupt haben, aus deren gemeinen oder anderen Beholzungen, auch wo es vonnöthen, aus Unseren eigenen Wäldern durch Unsere darüber aufgestellte Beamte die Auszeigung zu beschehen habe, und für das zum Hausgebrauch zum Verkohlen bewilligende Gehölz nicht die mindeste Verehrung oder Ergötzlichkeit abzunehmen". Diese Bewilligung der unentgeltlichen Holzabgabe auch aus den nach Art. 2 dem Landesfürsten unmittelbar eigenthümlichen (durch Ueberlassung der Landeshoheit an ihn gelangten) Waldungen kann doch wohl nicht anders als ein Gnadenact des Landesfürsten zur besseren Existenz des Unterthans, somit nicht als unwiderruflich angesehen werden, zumal als nicht die Person des Betheiligten, sondern in den meisten Fällen wohl auch die Ansässigkeit zur Zeit der Entstehung des Hoheitsrechtes gar nicht bestanden hat; die fernere billige Gewährung solcher Gnadenbezüge außer dem Wege der Ersitzung ist aber nicht Sache der Gerichte, sondern den Regulirungscommissionen vorbehalten. Im Verfolge jenes Artikels heißt es, die Gnadenbezeigung darthuend, weiters: „„Sonach haben Wir ohnedies über alle Hoch- und Schwarzwälder zuständig landesfürstliche Hoheit und Reservation auch in Betracht, daß fast alle Gemeindewälder ursprünglich landesfürstliche eigenthümliche

Beholzungen waren, sohin von Uns und Unsern glorwürdigsten Vorfahren aus lediglicher Gnade denen Insassen zu ihrer Nothdurft allermildest verliehen worden u. s. w." Durch die Ministerialverordnung vom 24. April 1852, Nr. 97 R. G. Bl., über die Frage, wer die Holzauszeigung in Steiermark, Kärnten und Krain zu pflegen habe, wurde in Erinnerung gebracht, daß außerdem die Waldordnungen und sonstigen Vorschriften in voller Wirksamkeit fortbestehen.

Das neue Forstgesetz vom 3. December 1852, Nr. 250 R. G. Bl., erwähnt zwar der Forstregalien ausdrücklich nicht, enthält aber die Eintheilung der Forste a) in Reichsforste, b) Gemeinde- und c) Privatwälder, und unterscheidet ad a) die erste Classe in Staats- und solche Wälder, welche unmittelbar von Staatsbehörden verwaltet werden. Diese Unterscheidung scheint wohl auf den Unterschied von Regal- und anderen Wäldern hinzudeuten, welch' letztere nur jure privatorum vom Landesfürsten besessen, aber wie die ersteren von Staatsbehörden verwaltet werden.

Dagegen spricht das kais. Patent vom 5. Juli 1853, Nr. 130 R. G. Bl., schon wieder ausdrücklich von Hoheitsrechten in der Bestimmung des §. 2, „daß nach diesem Patente ferner alle Einforstungen, Waldnutzungs- und Weiderechte, welche in den, dem Landesfürsten in Folge des Hoheitsrechtes zustehenden Wäldern verliehen, oder aus landesfürstlicher Gnade gestattet wurden, und zwar auch dann zu behandeln seien, wenn sie nach Maßgabe der über die Ausübung des Forsthoheitsrechtes bestehenden Gesetze und Vorschriften als widerruflich angesehen werden". Nach diesen Gesetzen gibt es also zweierlei Arten von Holz- und Weidebezügen aus den Regalwaldungen: solche, welche auf landesfürstlicher Verleihung, und solche, welche auf bloßen Gnadenacten beruhen. Der Besitz solcher Befugnisse, wenn er wegen der Widerruflichkeit auf dem Rechtswege keinen Schutz finden kann, darf demnach doch von der diesfälligen Regulirungscommission nach Maßgabe der Umstände und Verhältnisse gewürdigt werden.

Das neue Berggesetz vom 23. Mai 1854, Nr. 146 R. G. Bl., sagt im Art. III., „daß an den in älteren Berggesetzen enthaltenen Bestimmungen über das landesfürstliche Hoheitsrecht hinsichtlich der Waldungen u. s. w. nichts geändert wird". Auf diese Weise bleiben Rechte, welche den Besitzern von Berg- und Hüttenwerken oder anderen Personen aus Verträgen, aus Verleihungen nach den älteren Bergwerkgesetzen oder aus anderweitigen rechtsgiltigen Titeln auf den Besitz oder die Benützung von Waldungen oder Waldtheilen, auf Forstservituten, auf die Bergweiden u. s. w. zukommen, insofern sie nicht durch sonst erflossene Verfügungen inzwischen Aenderungen erlitten haben, von diesem Gesetze unberührt. Hiernach müssen die im Kammergutsbezirke Idria gelegenen, unter der Administration des Bergamtes uud in dessen Besitze befindlichen Waldungen als Hoheitswaldungen angesehen werden, mögen sie mit dem Berg-

baue daselbst in Folge Belehnung an den Landesfürsten von Krain von dem römischen Kaiser gelangt, oder in Folge des Hoheitsrechtes erst später eingezogen worden sein, und es frägt sich, da das a. b. G. B. schon im Kundmachungs-Patente die politischen und Cameralgesetze aufrecht erhalten hat, und im §. 1457 ebd. nur die dem Staatsoberhaupte nicht ausschließend vorbehaltenen Rechte (was aber bei den Hoheitsregalwaldungen der Fall ist) der Verjährung von 40 Jahren unterwirft, ob hier überhaupt die Ersitzung solcher Waldungen, sei es der Proprietät, sei es nur dem Gebrauche nach, Platz greife?

Da vor dem a. b. G. B. bei der Regierung — wie Nicolaus von Beckmann in seinem Werke: Idea juris statutarii et consuetudinarii stiriaci. Gracii 1688, p. 354 anführt — der Grundsatz bestand, daß die regalia majora gar keiner, die regalia minora aber der hundertjährigen Präscription unterlagen, so kann heute, insoferne es sich um eine Servitutserwerbung durch Ersitzung vor dem a. b. G. B. handelt, schon wegen Mangels des diesfälligen Beweises keine Rede sein, weil für die Erwerbung der Servitut durch Ersitzung keine kürzere Präscriptionszeit bestand, als für die Ersitzung der Proprietät selbst.

Wenn aber die Ersitzung der Dienstbarkeit in der fraglichen Waldung nach dem a. b. G. B. beurtheilt werden, und diese Waldung, von der Regaleigenschaft derselben absehend, als dem §. 1477 ebd. unterworfen angesehen werden könnte, so findet die Ersitzung hier doch nicht statt, weil das a. b. G. B. erst am 1. Mai 1815 in Krain in Wirksamkeit getreten ist, somit von da an selbst bis zu dem Tage der Klage, abgesehen von der Unterbrechung der Ersitzung, die Zeit von 40 Jahren nicht verstrichen ist. Uebrigens wäre auch die Unterbrechung der Verjährung nach §§. 1488 und 1497 a. b. G. B. vorhanden, weil die Verweigerung der unentgeltlichen Gestattung dieser Servituten, und der Umstand, daß Kläger ihr vermeintliches Recht darauf binnen 3 Jahren nicht geltend gemacht haben, vorliegt, die Bezahlung eines Stockzinses als ein Kaufgeschäft, nicht aber als die Geltendmachung eines unentgeltlichen Servitutsrechtes angesehen werden kann, und zur usucapio libertatis bei einer unentgeltlichen Servitut die bloße Weigerung derselben, die Widersetzlichkeit gegen die Ausübung durch 3 Jahre genügt, nicht aber die 30jährige Stockzinseinhebung erforderlich ist..."

Nr. 489.

Ansuchen um Verlegung einer zur Ablegung eines angetretenen Eides anberaumten Tagsatzung.

Entsch. vom 16. Dec. 1857, Nr. 12556 (Best. des Bescheides des B. G. Smichow vom 3. August 1857, Nr. 9182, Abänderung des Bescheides des O. L. G. Prag vom 30. Sept. 1857, Nr. 17674). G. Z. 1858, Nr. 38.

Die Delatin A erschien bei der Eidestagsatzung, erklärte, daß sie bereit sei den Eid abzulegen, bat aber sodann um Erstreckung der Tagsatzung, um sich über die zu beschwörenden Thatsachen noch genauere Auskunft zu verschaffen. Erst nachdem das Protokoll geschlossen war, erschien der Gegner und protestirte gegen die Erstreckung. Die erste Instanz schlug die Erstreckung ab und erkannte: „daß die urtheilsmäßig ausgedrückten Folgen des angetretenen, jedoch nicht abgelegten Eides in Wirksamkeit treten". Die zweite Instanz gab dem Erstreckungsansuchen statt. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Es war die processualische Pflicht der A, sich schon im Laufe des Processes, insbesondere aber in der vom Gesetze und im Urtheile bestimmten, keiner Erweiterung unterliegenden Ueberlegungsfrist vor der Eidesantretung die erforderliche Gewißheit zu verschaffen. Nach bereits beendigtem Processe und nach erfolgter Urtheilsschöpfung kann keine Frist mehr zur Einholung einer Information angesucht und bewilligt werden, besonders da der Gegentheil bereits protestirt hat, und durch das aufgenommene Protokoll nicht erwiesen ist, daß derselbe erst nach Verlauf der zur Eidesablegung bestimmten Stunde erschienen sei."

Nr. 490.

Gerichtliche Verständigung des Verpächters von der Zurücklegung seiner Aufkündigung.

Entsch. v. 22. Dec. 1857, Nr. 12894 (Best. des Bescheides des L. G. Lemberg v. 21. Jänner 1857, Nr. 42024, Abänd. des Bescheides des O. L. G. Lemberg v. 19. März 1857, Nr. 1699). G. Z. 1858, Nr. 45.

Der Pächter, dem gerichtlich aufgekündigt war, legte diese Aufkündigung als unwirksam zurück; von dieser Rücklegung wurde seinem Ansuchen gemäß die Verpächterin verständigt. Diese ergriff hiegegen den Recurs, dem die zweite Instanz stattgab, während die dritte Instanz

den Bescheid der ersten Instanz bestätigte. In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes heißt es: „Die Verständigung der Verpächterin von der Zurücklegung der Aufkündigung kann nicht verweigert werden, weil für diese Verständigung dieselben Rücksichten sprechen, wie für die Verständigung des Pächters von der Pachtungsaufkündigung von Seite der Verpächterin, und in dieser Amtshandlung die gerichtliche Genehmigung des Rückerlags nicht liegt, den Parteien vielmehr bevorsteht, ihre gegenseitigen Ansprüche im geeigneten Wege auszutragen."

Nr. 491.

Verhängung der Curatel über eine Person, welche ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann.

Entsch. vom 23. Dec. 1857, Nr. 13001 (theilweise Abänd. der den Bescheid des L. G. Mailand v. 7. Juli 1857, Nr. 10968, abändernden Verordnung des O. L. G. Mailand vom 29. August 1857, Nr. 12026). Gaz. d. Trib. 1858, S. 45 ff. G. H. 1858, S. 291, 292.

In einem Falle, wo die erste Instanz die Curatelsverhängung wider einen hochbejahrten Mann für unzulässig erklärt, die zweite die Curatel „wegen Blödsinns" verhängt hatte, „weil die Absicht des Gesetzes sei, denjenigen zu Hilfe zu kommen, welche ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können (§. 269 a. b. G. B.), und weil daher zur Curatelsverhängung jener Grad des Blödsinns genüge, welcher das Individuum dazu unfähig mache" — sprach der oberste Gerichtshof aus, daß die Curatel nicht wegen Blödsinns, sondern wegen erwiesener Unfähigkeit zur persönlichen Besorgung der eigenen Angelegenheiten zu verhängen sei. Die Verfügung ist folgendermaßen begründet: „Wenn gleich wegen der Verschiedenheit der Aussagen der bei der Untersuchung über den Geisteszustand des X vernommenen Aerzte und Zeugen es nicht im juristischen Sinne sichergestellt ist, daß derselbe in der im §. 273 a. b. G. B. vorgesehenen Weise wahn- oder blödsinnig sei, so haben doch die Ergebnisse der Verhandlung jedenfalls außer Zweifel gesetzt, daß derselbe unfähig sei, seine eigenen Interessen gebührend zu wahren, — da sich eine auffallende Schwäche und Beschränktheit seiner Geistesanlagen, Mangel an Erfahrung in Behandlung auch der einfachsten und geringfügigsten Geschäfte derart gezeigt hat, daß er als unfähig, die Folgen seiner Handlungen einzusehen, erklärt werden muß, insofern er nämlich die dazu erforderlichen Eigenschaften, als da sind: Urtheilskraft, Erinnerung, praktische Begriffe nicht hat.... Nun stellt aber §. 21 a. b. G. B. auch diejenigen Personen

unter den besonderen Schutz der Gesetze, welche, ohne irgend des Gebrauches ihrer Vernunft ganz beraubt zu sein, wenigstens außer Stande sind, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen; und in diesem Zustande befindet sich der X."

Nr. 492.

Stillschweigender Lohnvertrag. — Versprechen einer fürstlichen Belohnung.

Entsch. v. 22. Dec. 1857, Nr. 13194 (Best. des Urtheils des B. G. Prag v. 17. Febr. 1857, Nr. 4305, theilweise Abänderung des Urtheils des O. L. G. Prag v. 28. Juli 1857, Nr. 13351). G. Z. 1857, Nr. 66, 67.

A klagt gegen B auf Bezahlung des ihm für die Vermittlung eines Hausverkaufes zugesicherten „fürstlichen" Lohnes, den er auf 500 fl. CM. taxirt, indem das Haus um 37.500 fl. und 160 fl. Schlüsselgeld verkauft worden sei, und schon die gewöhnliche Sensarie in $^1/_2$% des Verkaufswerthes bestehend, 188 fl. 18 kr. ausmachen würde, und erbietet sich, den Betrag per 500 fl. schätzungsweise zu beschwören. B gibt zu, daß das Haus durch A's Vermittlung verkauft worden sei, behauptet aber, daß diese Vermittlung keine geschäftliche, sondern eine freundschaftliche gewesen sei, da A sein Geschäftsfreund und Schwager des Hauskäufers C sei, daß das Versprechen der fürstlichen Belohnung nur scherzweise geschehen sei, und daß A selbst sich geäußert habe, daß er hier ganz ohne Interessen handle; auf alle Fälle aber würde A nur den höchsten gesetzlichen Lohn der halbpercentigen Gebühr vom Kaufpreis, mithin nur 188 fl. 18 kr. anzusprechen haben.

Die erste Instanz erkannte auf Bezahlung der Summe von 188 fl. 18 kr. CM. Die zweite Instanz erkannte auf Bezahlung von 400 fl. CM. Was insbesondere die Höhe der zuerkannten Belohnung betrifft, heißt es in den Entscheidungsgründen: „Nach dem angenommenen Sprachgebrauch wird unter einer fürstlichen Belohnung eine auffallend gute oder splendide verstanden, welche jenen Lohn, der für ähnliche Dienstleistungen gewöhnlich gezahlt zu werden pflegt, namhaft übersteigt. Nach den übereinstimmenden Angaben beider Theile besteht die gewöhnliche Sensarie für Geschäftsvermittlungen in einem halben Percent von dem Verkaufspreis, wornach für den Kläger ein Lohn von 188 fl. 18 kr. entfallen würde. Dieser Lohn, der allgemein üblich ist, dient auch zum Maßstab für eine außergewöhnlich splendide, d. i. fürstliche Belohnung, und wurde solche in Gemäßheit des §. 1152 a. b. G. B. mit dem Betrag per 400 fl. festgesetzt, was wenig mehr als das Doppelte der gewöhnlichen Belohnung, gleichwohl aber eine sehr gute Be-

lohnung der doch nur gelegentlichen Mühewaltung des Klägers bei Vermittlung des Hausverkaufes ist."

Auf die Revisionsbeschwerde des B bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen: „Nachdem von beiden unteren Instanzen erkannt worden ist, daß der Geklagte dem Kläger für die Unterhandlung beim Verkaufe des Hauses x einen Mäklerlohn zu zahlen schuldig sei, und sich aus den Acten weder eine offenbare Gesetzwidrigkeit, noch eine Unrichtigkeit ergibt, so ist auch der oberste Gerichtshof nicht in der Lage, die in dieser Beziehung gleichlautenden Urtheile zu Gunsten des Revisionswerbers abzuändern. Denn der Geklagte hat zugestanden, daß er den Kläger im Jahre 1855 durch seinen Commis zu sich kommen ließ, und ihn, wie schon früher, ersucht habe, mit C wegen des Verkaufes des Hauses zu sprechen, und ihm dafür eine fürstliche Belohnung versprach. Da nun der Hausverkauf wirklich zu Stande kam, und da bei Geschäftsleuten durchaus nicht angenommen werden kann, daß sie, wie der Geklagte behaupten will, dies scherzweise sprechen, wenn es sich um einen Kaufpreis von mehr als 30.000 fl. CM. handelt, so ist mit Rücksicht auf den §. 863 a. b. G. B. die Entscheidung der unteren Instanzen vollständig gegründet. Bei dem vorliegenden Eingeständnisse des Geklagten kann auf die von ihm in der Duplik aufgetragenen Haupteide nicht erkannt werden, und die angebliche Aeußerung des Klägers, daß es ihm um keinen Verdienst oder Gewinn zu thun sei, kann unter den gegebenen Verhältnissen nicht als Ablehnung des Lohnes für seine Vermittlung, sondern nur als Bestreben erkannt werden, möglichst uneigennützig zu scheinen. Daß A wirklich den Vermittler bei dem Hausverkaufe machte, kann nach den vom Geklagten eingestandenen Thatsachen ebenfalls nicht bezweifelt werden, weil der Geklagte, anstatt sich unmittelbar an den Käufer zu wenden, den Kläger zu sich kommen ließ, ihn ersuchte, wegen des Hausverkaufes mit C zu sprechen, demselben das Haus um den Kaufpreis von 40.000 fl. CM. anzubieten, ihm eine Belohnung dafür versprach, und weil hierauf, nachdem der Kläger dies gethan hatte, der Kauf um den Preis von 37.500 fl. und 160 fl. CM. Schlüsselgeld wirklich zu Stande kam. Es kann bei diesen Verhältnissen auf den größeren oder geringeren Grad der Thätigkeit des Klägers, auf die größere oder mindere Leichtigkeit, mit welcher der Wunsch des Geklagten erfüllt wurde, nicht ankommen; es ist genug, daß Letzterer nach vorläufiger Vermittlung des Klägers den Kauf mit C wirklich abschloß. Wenn es sonach festgestellt ist, daß dem Kläger in Folge des ausdrücklichen Versprechens des Geklagten ein Lohn für seine Verkaufsvermittlung gebühre, so handelt es sich im ordentlichen Revisionszuge nur um die Bestimmung der Summe, welche dem Kläger in erster Instanz mit 188 fl. 18 kr. CM., vom Obergerichte mit 400 fl. CM. zuerkannt wurde. Aus dem Umstande nun, daß Geklagter die dem Kläger versprochene Belohnung als eine fürstliche bezeichnet, läßt sich

doch nicht schließen, daß eine außerordentlich große und mit der diesfälligen Mühewaltung in gar keinem Verhältnisse stehende Summe gemeint worden sei. Darum und in der ferneren Erwägung, daß bei dem nach §. 1152 a. b. G. B. zu bestimmenden Lohne für die durch die Vermittlung von dritten Personen erfolgte Zustandebringung eines Geschäftes die gewöhnliche Sensarie für sich allein keineswegs für den Richter maßgebend ist, erscheint der von der ersten Instanz dem Kläger zugesprochene Betrag auch mit Hinblick auf den obenerwähnten Umstand als vollkommen angemessen, und demnach wurde der Revisionsbeschwerde des Geklagten stattgegeben und das erstrichterliche Urtheil bestätigt."

Nr. 493.

Anordnung eines Legats behufs Zuwendung einer dem Testator übergebenen Summe im Sinne des erhaltenen Auftrages. — Indicienbeweis.

Entsch. v. 30. Dec. 1857, Nr. 13085 (Best. des das Urtheil der Prätur Monza vom 5. Juli 1857, Nr. 5565, abänd. Urtheils des O. L. G. Mailand v. 23. Sept. 1857, Nr. 12287). Gaz. d. Trib. 1858, S. 304 ff.

Im September 1849 wies der Probst N dem Pfarrvicar B zu D einen Betrag von 3000 Lire an, indem er ihm dabei folgende Mittheilung (in einem Briefe vom 7. September 1849) machte: Es sei ihm unter dem Siegel des Beichtgeheimnisses dieser Betrag (als Ersatz für einen gleichen, aus der Verlassenschaft des Pfarrers X entfremdeten) übergeben worden; dem Willen des Uebergebers gemäß sei er beauftragt, diesen Betrag den etwa noch ausfindig zu machenden Erben des Pfarrers X, und wenn solche nicht zu erforschen seien, dem Armeninstitut A (welches die Armen der Gemeinde D zu versorgen hat) zuzuwenden. Dabei wurde dem B im Interesse des Beichtgeheimnisses und aus Rücksichten der Delicatesse und der Klugheit die strengste Geheimhaltung empfohlen. Am 19. September 1849 bestätigte B den Empfang des Geldes; am 14. December legte er ein Capital von 3000 Lire auf seinen Namen verzinslich gegen Hypothek an. Bei seinem im Jahre 1852 erfolgten Tode fand sich nun ein Testament, worin er bezüglich dieses Capitals anordnete, daß die Zinsen desselben für ewige Zeiten von dem zeitweiligen Pfarrvicar von D zu Gunsten der Armen dieser Pfarre verwendet werden sollen. — Das Armeninstitut A nahm nun dieses Legat für sich im Interesse der von ihm zu versorgenden Armen in Anspruch; gleichzeitig aber klagte es gegen den Erben des B auf Herausgabe der in Folge jenes Briefes empfangenen 3000 L. Der Erbe vertheidigte sich, indem er behauptete, die

3000 Lire, deren Ertrag den Gegenstand des Legates bilden, seien eben jene 3000 Lire, welche das Armeninstitut jetzt fordere. Während er sich erbot, dem letzteren auch noch die nuda proprietas derselben abzutreten, und Alles zu thun, was seinerseits erforderlich wäre, um dem Armeninstitute die Verfügung über jenes Capital zu verschaffen, verwahrte er sich gegen die mehrmalige Forderung desselben Betrages. Dennoch gab die erste Instanz dem Klagebegehren statt, indem sie bemerkte, die Behauptung des Geklagten habe zwar eine sehr starke Vermuthung für sich, aber die Gründe, auf die er sich berufe, seien dem Widerspruche des Klägers gegenüber wirkungslos. — Das Oberlandesgericht dagegen wies das Klagebegehren zurück und legte dem Geklagten nur die Verpflichtung auf, seinen bereits erwähnten Anerbietungen zu entsprechen. Es begründete die Abweisung des Klagebegehrens mit Folgendem: „Vor Allem ist zu bemerken, daß dem B durch die Natur des ihm aufgetragenen Geschäftes die größte Zurückhaltung und Umsicht zur Pflicht gemacht ward, da er auf das Sorgfältigste sich vor jeder Bemerkung oder Anspielung hüten mußte, welche zu Nachforschungen, Entdeckungen, und also zur Verletzung des Beichtgeheimnisses hätte führen können. Zu beachten ist ferner die Form, in welcher er jene Anordnung zu Gunsten der Armen von D getroffen hat; während er bei allen Bestimmungen seines Testamentes, in welchen er Verwandte, Dienstleute oder Freunde bedenkt, sich der gewöhnlichen für solche Anordnungen üblichen Ausdrücke bedient, wie: „„Ich will und verfüge, ich hinterlasse, ich schenke, ich bitte als Andenken anzunehmen““, beschränkt sich die erwähnte Bestimmung darauf, zu erinnern, daß der Ertrag des erwähnten Darlehenscapitals für ewige Zeiten zu Gunsten der Armen verwendet werden soll. Diese Formel, deren sich der Erblasser sonst nirgends bedient hat, scheint also geradezu gebraucht zu sein, um diese Anordnung, vermöge deren er einem ihm gegebenen Auftrage nachkam, einer übernommenen Verpflichtung sich entledigte, von anderen Acten zu unterscheiden, welche lediglich in seiner Freigebigkeit ihr Motiv finden. Daß nun diese Verpflichtung eben dieselbe sei, welche er mit dem Briefe vom 19. September 1849 übernommen, geht aus der Identität der Summe und der vorgeschriebenen Verwendung hervor. Die Summe, über welche er auf diese Weise verfügte, ist genau dieselbe, welche der Erblasser am 14. December 1849, zwei Monate nachdem er jenen Auftrag erhalten hatte, anlegte — zu einer Zeit also, wo die Nachforschungen, die er nach den Erben des verstorbenen Pfarrers X anzustellen hatte, noch im Zuge sein mußten. Auch die Verwendung ist dieselbe, da es zugestanden wird, daß das Armeninstitut A ein zu Gunsten der Armen von D bestehendes Institut sei, und das Gesetz vorschreibt, daß die den Armen ohne andere nähere Angabe vermachten Beträge dem Ortsarmeninstitute zufallen. Die Verwendung, welche ihm zur Pflicht gemacht, und diejenige, die im Testamente von ihm angeordnet worden war, sind also nur scheinbar verschieden und kommen

in der Sache selbst auf dasselbe hinaus. Zwar wendet der Kläger ein, daß B unterlassen habe, irgend eine Andeutung hinzuzufügen, daß er mittelst jener Anordnung einen erhaltenen Auftrag erfülle, aber diese Andeutung hätte sich auf die Verfügung des Propstes M beziehen müssen, und so leicht den Unbekannten, der eben verborgen bleiben sollte, verrathen können. Schwieg also B über den erhaltenen Auftrag und den Ursprung des Geldes, so stimmte dies ganz mit der Natur des übernommenen Geschäftes überein, welches es mit sich brachte, daß über die unter dem Siegel der Beichte gemachte Enthüllung das strengste Geheimniß bewahrt werden sollte. Der Kläger wendet ferner ein, daß B das Geld nicht im Namen der Armen, oder im Namen des Armeninstitutes D, sondern im eigenen Namen angelegt habe, allein auch dieses läßt sich aus den delicaten Rücksichten, welche das übernommene Geschäft ihm auferlegte, ganz wohl erklären. Zwei Monate nach Empfang der Summe legte er dieselbe fruchtbringend an, zu einer Zeit also, wo er nicht einmal wissen konnte, ob sie den Armen zufallen würde, da er ja vorher noch sorgfältige Nachforschungen um die Erben des Pfarrers X anstellen mußte, welchen vorzugsweise ganz oder theilweise das Capital bestimmt war, das erst, wenn dessen Erben sich nicht fänden, zu Gunsten der Armen verwendet werden sollte. Erst als die in der Zwischenzeit angestellten Nachforschungen vergeblich blieben, stand die Anordnung, daß das Capital für ewige Zeiten für die Armen von D verwendet werden solle, mit dem erhaltenen Auftrage im völligen Einklange. Weiters hat der Kläger entgegengesetzt, daß nur der Ertrag des Capitals für die Armen verwendet werden soll, und daß diese Bestimmung mit dem Inhalte des Auftrages im Widerspruche stehe; aber in der That hat der Erblasser zu Gunsten seiner Verlassenschaft keinen Vorbehalt gemacht, auch hat sich der Erbe bereit erklärt, demjenigen, dem sie gebührt, die nuda proprietas abzutreten, und gewiß glaubte der Erblasser, daß seine Anordnung im vollen Einklange mit dem ihm bezeichneten Zwecke stehe, weil ja eben das Armeninstitut A berufen ist, den Ertrag zu Gunsten der Armen zu verwenden. Aus dem überwiegenden Einflusse, welchen der Pfarrer oder Pfarrvicar auf Verwendung des Einkommens der Armenanstalten der Gemeinde übt, ist auch leicht zu erklären, warum angeordnet ist, daß der Ertrag für ewige Zeiten vom Pfarrvicar in Verwendung gebracht werden soll. So lassen sich auf die einfachste Weise die geringen Differenzen erklären, auf welche der Kläger seine Behauptung und den Anspruch stützt, daß das Armeninstitut A den Betrag von 3000 L. doppelt aus der Verlassenschaft des B erhalten solle, ein Anspruch, welchem sich die aus den Acten sich ergebenden thatsächlichen Gründe entschieden entgegenstellen. In einem Streite endlich, welcher wie der gegenwärtige sich lediglich um die Erforschung der Spuren der Intention eines Erblassers dreht, kommt man fast von selbst auf folgendes Dilemma: Man muß entweder annehmen, daß B ein Versprechen, an welches ihn die strengsten religiösen Pflichten banden, ge-

brochen, daß er eine übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine den Armen zugefallene Geldsumme vorenthalten und sich zugeeignet habe, und das Alles blos, um denselben Armen eine eben so große Summe aus seinem eigenen Vermögen und unter dem Scheine eigener Freigebigkeit zuwenden zu können, oder man muß glauben, daß er die fragliche Anordnung eben nur getroffen hat, um die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen. Der ersten Annahme stellt sich nun entschieden der rechtliche Charakter, der unbefleckte Ruf, die strenge Religiosität des B entgegen. Auch der Kläger gibt zu, daß er ein durchaus gewissenhafter Mann war. Ist dieses aber richtig, so kann man nicht annehmen, daß er sich eines so schweren Betruges und einer Beraubung der Armen schuldig gemacht habe, um andererseits wieder anzunehmen, daß er dieselben Armen aus seinem eigenen Vermögen beschenkt habe. Dagegen löst sich dieser scheinbare Widerspruch vollkommen auf, wenn man die Vereinigung und Identität der beiden Anordnungen annimmt, und deshalb betrachtet das Oberlandesgericht die diesfällige Einwendung des Geklagten als begründet, besonders da dem letzteren auch nicht der §. 667 a. b. G. B. entgegensteht, weil die Vermuthungen im Sinne des §. 683 a. b. G. B. durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungen entkräftet werden."

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Auch er schloß sich, so heißt es in den Entscheidungsgründen, „der vom Oberlandesgerichte ausführlich entwickelten Ansicht an, welche namentlich aus der gleichmäßigen Höhe des Betrages, aus der Gleichheit der Personen, aus der dem B aufgetragenen Geheimhaltung gewonnen wurden, — Gründe, welche ausreichen, um im vorliegenden Falle den §. 667 a. b. G. B. als unanwendbar erscheinen zu lassen, und um derentwillen aus dem Zusammentreffen der Vermuthungsgründe im Sinne des §. 683 a. b. G. B. die Einheit und Identität der Summe, welche dem B anvertraut wurde, und jener, auf welche das Legat sich bezieht, angenommen werden muß".

Nr. 494.

Pfändung einer in die öffentlichen Bücher nicht eingetragenen Realität.

Entsch. v. 30. Dec. 1857, Nr. 13569 (Abänd. der gleichförmigen Bescheide des B. G. Karbitz v. 22. Juni 1857, Nr. 3119, und des O. L. G. Prag v. 1. Oct. 1857, Nr. 17460). G. Z. 1858, Nr. 32.

Die Finanzprocuratur leitete zur Einbringung eines Gebührenrückstandes die Execution des Hauses Nr. 5 in N, auf welchem nach §. 72 des Gebührengesetzes das gesetzliche Pfandrecht für jene Gebühr haftete,

ein, und bat bei dem Umstande, daß dieses Reale keine bücherliche Einlage hatte, um Bewilligung des executiven Pfandrechtes durch pfandweise Beschreibung desselben. Die erste Instanz wies das Gesuch aus dem Grunde ab, weil das fragliche Reale keine bücherliche Einlage hat; ebenso die zweite Instanz, „weil das executive Pfandrecht auf ein liegendes Gut gemäß §. 322 a. G. O. und §. 451 a. b. G. B. nur mittelst Eintragung der das Executionsrecht begründenden Urkunden in dem Grundbuche bei dem dort vorgeschriebenen Realbesitze ertheilt werden könne, weil dasselbe keine bücherliche Einlage habe, und daher die Eintragung der das Executionsrecht begründenden Urkunden nicht stattfinden könne". Der oberste Gerichtshof gab dem außerordentlichen Recurse statt und bewilligte die pfandweise Beschreibung des Hauses, „weil jedes Vermögen des Schuldners, welches durch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung der Execution entzogen ist, exequirt werden kann, eine solche gesetzliche Ausnahme für die dermalen den öffentlichen Grundbüchern nicht inneliegenden Realitäten nicht besteht, folglich bezüglich der Execution desselben, da der §. 322 a. G. O. nicht angewendet werden kann, nichts anderes erübrigt, als die Vorschriften der §§. 340—342 a. G. O. in analoger Weise zur Anwendung zu bringen."

Verzeichniß

der einschlägigen und der citirten Gesetzesstellen.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

Französisch-italienisches Civilgesetzbuch.

Codice di Commercio.

Wechselordnung vom 1. October 1763.

Wechselordnung vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 51.

Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251.

Jurisdictionsnorm für das lomb.-venez. Königreich vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 252.

Allgemeine Gesetzordnung.

Allgemeine Concursordnung.

Westgalizische Gerichtsordnung.

Gesetz über den summarischen Civilproceß vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906.

Gesetz über das Verfahren in possessorio summariissimo vom 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12.

Gesetz über das Verfahren in Wechselsachen vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52.

Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208.

Provisorische Civilproceßordnung für Ungarn.

Provisorische Concursordnung für Ungarn.

Artikel des ungarischen Reichstages.

Strafgesetz vom 27. Mai 1852.

Einzelne Gesetze.

Systematisches Register.

I. Civilrecht.

Allgemeines Privatrecht.

I. Allgemeine Lehren.

I. **Zeitliche Collision der Gesetze.** 1. Ueber den Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit Nr. 368. 2. Ueber den Anfangspunkt der Verjährung Nr. 18. 3. Ueber das erlaubte Zinsenmaß Nr. 40. 4. Ueber die Zinsenanschwellung ultra alterum tantum Nr. 389. 5. Ueber die fideicommissarische Substitution Nr. 78.

II. **Oertliche Collision der Gesetze.** Berechtigung des unehelichen Kindes einer Ausländerin zur Anstellung der im Geburtsland derselben unzulässigen Paternitätsklage Nr. 133.

III. **Auswanderung.** Zeitpunkt des Eintritts der rechtlichen Folgen der unbefugten Auswanderung Nr. 152.

IV. **Handlungsfähigkeit,** eines Minderjährigen Nr. 10.

V. **Realrechte.** Rechtliche Natur eines Grundentlastungs-Capitals Nr. 357.

VI. **Klagverjährung.** Unterbrechung der Verjährung: a) durch Zustellung der Klage an den Nachlaßcurator Nr. 48; b) durch gehörige Fortsetzung der Klage als Bedingung der Unterbrechung Nr. 169; c) Personen, unter welchen die Unterbrechung wirkt Nr. 169, 240.

VII. **Rechtskraft des Urtheils.** 1. Subjectiver Umfang der Rechtskraft Nr. 130, 412. 2. Rechtskraft der Entscheidungsgründe Nr. 309, 477. 3. Verhältniß der Entscheidungsgründe zum Urtheil Nr. 406.

II. Sachenrecht.

A. Besitz.

I. **Besitzstörung.** Fälle und Arten Nr. 206, 258, 266.

II. **Besitzklage.** 1. Schutz des letzten factischen Besitzstandes Nr. 106. 2. Schutz des gestörten Rechtsbesitzes Nr. 300. 3. Passivlegitimation

B. Eigenthum.

C. Dienstbarkeiten.

D. Emphyteuse, Erbpacht.

E. Reallasten.

F. Pfandrecht.

III. Obligationenrecht.

A. Obligationen überhaupt.

7. Verletzung über die Hälfte: a) Wirkung derselben Nr. 125; b) Verjährung des Anspruchs aus derselben Nr. 416; c) Beweis derselben Nr. 302.

8. Verträge zu Gunsten Dritter Nr. 324, 404, 423.

III. **Haftung für Andere.** Nr. 215.

IV. **Erfüllung.** 1. Zeit und Ort Nr. 297. 2. Rechtliche Folgen der Nichterfüllung eines Vertrags Nr. 394. 3. Exceptio non adimpleti contractus Nr. 421.

V. **Verzug.** 1. Subjective Voraussetzungen Nr. 358. 2. Verzugszinsen von Zinsrückständen? Nr. 284. 3. Verzugszinsen von einem Heiratsgut vom Tage der aufgelösten Ehe an? Nr. 293. 4. Verzugszinsen von einem durch Schuld des Käufers noch nicht bestimmten Kaufschilling? Nr. 117. 5. Recht auf Verzugszinsen gegen die Concursmasse Nr. 378.

VI. **Cession.** 1. Cession an Zahlungsstatt oder zum Incasso? Nr. 166. 2. Cession oder Verpfändung? Nr. 349. 3. Creditiren der Cessionsvaluta oder Darleihen? Nr. 104. 4. Exceptio non adimpleti contractus gegen den Anspruch des Cessionars Nr. 421. 5. Haftung des Cedenten Nr. 19, 175, 189, 320.

VII. **Zahlung.** 1. Stillschweigende Einwilligung in die Abtragung einer bestimmten Schuldpost Nr. 103. 2. Beneficium competentiae Nr. 444.

VIII. **Compensation.** 1. Vertragsmäßige Compensation Nr. 393. 2. Unzulässigkeit der Compensation mit einer illiquiden Forderung Nr. 264. 3. Ordnung, in welcher bei mehreren Forderungen zu compensiren ist. Nr. 291.

IX. **Schulderlaß.** 1. Vollwirksamkeit des mündlichen schenkungsweisen Erlasses Nr. 445. 2. Nichteinhaltung der Bedingungen des Schulderlasses Nr. 411.

B. Einzelne Schuldverhältnisse.

I. **Geschäftsobligationen.**

1. Darleihen. a) Darleihen zum Theil in Geld, zum Theil in Privatforderungen hingegeben Nr. 295; b) Verwandlung eines Kaufvertrages in ein Darleihen? Nr. 170; c) Darleihen oder Creditiren der Cessionsvaluta? Nr. 104; d) Querela und Exceptio non numeratae pecuniae Nr. 53.

2. Verwahrungsvertrag: Umfang der Pflicht des Verwahrers Nr. 114.

3. Geschäftsführung. a) Ueberschreitung der Vollmacht Nr. 358; b) Assignation Nr. 60, 61; c) Negotiorum gestio Nr. 228.

4. Kaufvertrag. a) Mehrmaliger Verkauf derselben Sache Nr. 388; b) Bestellung einer Maschine Nr. 475; c) Pränumeration auf ein Werk in Lieferungen Nr. 12; d) Verwandlung eines Kaufvertrages in ein Darleihen? Nr. 170; e) Bereiterklärung des Käufers

5. **Verpflichtung zur Beerdigung.** Begräbnißkosten, gegen die Erben statt gegen den Besteller eingeklagt Nr. 71.

IV. Familienrecht.

I. **Eheliches Güterrecht.** 1. Versprechen der Eltern, das Heiratsgut zu ergänzen, falls das Vermögen der Braut nicht ausreichte Nr. 77. 2. Kleider, Wäsche und Einrichtung als Heiratsgut Nr. 59. 3. Zugebrachtes Vermögen als Heiratsgut Nr. 370. 4. Empfangsbestätigung über Dotalsachen unter Angabe ihres Schätzungspreises Nr. 59, 120. 5. Verzugszinsen vom Heiratsgut vom Tag der aufgelösten Ehe an? Nr. 293. 6. Bestellung einer Widerlage oder Schenkung auf den Todesfall? Nr. 265. 7. Bestellung von Heiratsgut und Widerlage bei gleichzeitiger Gütergemeinschaft Nr. 67. 8. Ungiltigkeit der bei außergerichtlicher Scheidung getroffenen vermögensrechtlichen Verabredungen Nr. 8.

II. **Eltern- und Kindesrecht.** Recht des Vaters in Betreff des ihm an dem Vermögen der Kinder eingeräumten Fruchtgenusses Nr. 129.

III. **Uneheliche Kinder.** 1. Beweis des außerehelichen Beischlafs durch Indicien Nr. 133. 2. Paternitäts- und Alimentationsklage Nr. 326, 338. 3. Versorgungspflicht des unehelichen Vaters Nr. 133, 307.

IV. **Vormundschaft.** 1. Bestellung eines Curators für einen zur Selbstbesorgung seiner Angelegenheiten Unfähigen Nr. 491. 2. Rechtliche Stellung des Vormundes: a) Abschließung eines Miethvertrags auf längere Dauer ohne obervormundschaftliche Genehmigung Nr. 361; b) Legitimation in Betreff des Haupteides Nr. 371.

V. Erbrecht.

A. Erbfolge im eigentlichen Sinne.

I. **Erbfähigkeit.** 1. Erbunfähigkeit der Mitglieder eines geistlichen Ordens Nr. 270. 2. Beleidigung des Erblassers als Erbunwürdigkeitsgrund Nr. 155. 3. Beschaffenheit des im §. 543 a. b. G. B. erwähnten Geständnisses des Ehebruchs Nr. 430.

II. **Gesetzliche Erbfolge.** Erbrecht der Descendenten, deren Eltern durch letztwillige Anordnung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind Nr. 160.

III. **Testamentarische Erbfolge.** 1. Testirfähigkeit: Fähigkeit eines Curanden Nr. 419. 2. Form der Testamente: a) Schriftliches Testament: α) Erklärung des Erblassers, daß die allographe Urkunde seinen letzten Willen enthalte Nr. 281, 428, 478; β) Verletzung der im §. 579 a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten Nr. 93, 118. b) Mündliche Testamente:

B. Vermächtnisse.

C. Schenkung auf den Todesfall.

D. Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung.

E. Familienfideicommiß.

B. Handels- und Seerecht.

II. Civilproceß.

Civilgerichtliches Verfahren überhaupt.

A. Verhältniß der Civilgerichte zu anderen Behörden.

I. Zu den Verwaltungsbehörden: 1. Staatliche Verwaltungsbehörden im engeren Sinne und Gemeindebehörden: Proceßnullität wegen Eingriffs in die Competenz der Administration 332. Beweiskraft von Acten der Verwaltungsbehörden 18, 287 (430). Beurtheilung von privatrechtlichen Rechtsgeschäften durch die Administrativbehörden? 18. Bausachen 348, 379.

2. Finanzbehörden. Unzulässigkeit der Executionsführung auf Staatsvermögen 424. Vorrecht des Aerars in Bezug auf provisorische Sicherstellung 483. Gefällsgerichte 21.

II. Zu kirchlichen Behörden: 474.

III. Zu den Strafgerichten: Einfluß des Ausspruches des Strafgerichtes auf den Civilproceß 69, 398.

B. Gegenseitige Abgrenzung des streitigen und nicht streitigen Verfahrens: 136 (Erbschaftsklage ohne Verlassenschaftsabhandlung), 164, 290 (Alimentationsanspruch der Ehegattin), 350 (Collision zwischen Legataren und Erben), 455.

Verfahren in Streitsachen.

A. Competenz.

I. **Allgemeines.** Mehrfache Competenz desselben Gerichtes 99. Einstellung des Verfahrens von Amtswegen bei offenbarer Incompetenz 382.

II. **Einfluß der Connexität und Klagencumulation auf die Zuständigkeit.** Wahlrecht des Klägers im Fall der passiven Streitgenossenschaft 22. Verbindung der Klagen auf Aufhebung eines Erbpachtes, Rückgabe des Gutes und Zahlung des Zinsrückstandes 254.

III. **Personalgerichtsstand.** 1. Allgemeiner: Bestandstreitsachen 280.

2. Besonderer Gerichtsstand: Gerichtsstand des Vertrages: a) Begründung desselben: Bürgschaftleistung 446; b) Beweis der den Gerichtsstand des Vertrages begründenden Thatsachen: Beweisthema 227. Wegfall des Erfordernisses einer mit der Klage beigebrachten Urkunde 387. Beweis durch das Handlungsbuch 2; durch den Eid 286.

IV. **Abgrenzung des Realgerichtsstandes.** Klage auf Theilung einer im Miteigenthum eines Cridatars stehenden Realität 199. Vindication von Grundstücken, welche der Beklagte als Bestandtheile eines ihm gehörigen landtäflichen Gutes besitzt 353 (Cumulirung s. oben unter II.).

B. Proceßgesetz.

C. Verhandlungsmaxime.

D. Parteien und Stellvertreter derselben.

V. **Gegenseitiges Verhältniß der Parteien.**

1. Kostenersatz. Haftung der Partei für die Entschädigung des auf ihr Verlangen dem Gegner bestellten Curators? 52, 304. Voraussetzungen der Aufhebung der Processkosten: 98 (Beseitigung einer Ueberschreitung des Klagebegehrens in höherer Instanz), 372 (Einschränkung des Klagebegehrens), 407 (Abänderung des Urtheils zu Gunsten des Appellanten).

2. Klagscaution 403.

VI. **Parteien-Vertreter.** Unwirksamkeit der im Urtheil erfolgten Kostenbestimmung gegenüber dem Advocaten des Obsiegers 308.

E. Aeußere Form der Eingaben. Zustellung. Fristen.

I. Sprache der Eingaben 202. Ueberreichung der Appellationsbeschwerden in duplo (im summarischen Verfahren) 187.

II. **Zustellung.** Verspätung der Zustellung der Klage 317. Auftrag zur Güternamhaftmachung 112. Verständigung der Satzgläubiger von der Feilbietung 197, 305.

III. **Fristen.** Einrechnung der Feriattage: 1. in die Urtheilsfrist 158; 2. in die Frist zur Rechtfertigung einer Beschlagnahme wegen Privilegium-Eingriffs 102; 3. im Verfahren vor Handelsgerichten 456. Fristberechnung bei Einbringung der Eingabe durch die Post 58, 463.

Frist zur Incompetenzeinwendung 456; zur Appellation nach Verabredung auf das summarische Verfahren statt des ordentlichen 447; Recursfrist bei Zustellung an Mehrere 29. Frist zum Beweisantritt 109, 313, 340. Frist zur Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung 179. Frist zur Besitzstörungsklage 139. Appellations- und Revisionsfrist im summarischen Verfahren 447, 463. (Recursfrist in Grundbuchssachen, s. Verfahren außer Streitsachen F.)

F. Gegenseitiges Verhältniß verschiedener Processarten.

Verhältniß des ordentlichen Verfahrens: 1. zum Executivproceß 70; 2. zum Mandatsproceß 460; 3. zum summarischen Verfahren: Aufrechthaltung des ordnungswidrig eingeleiteten summarischen Verfahrens 121, 252, 365.

Verhältniß des summarischen Verfahrens: Zum Rechnungsproceß 204.

G. Klage.

I. **Wesentlicher Inhalt der Klage.** Mangelnde oder ungenügende Substantiirung des Klageanspruches (Aenderung des Klagegrundes) 76, 104, 228, 262, 264. (Vgl. über das Verhältniß des Urtheils zur Klage L. III.)

legte Behauptungen 11. Haupteid über außereheliche Behauptung 6. Haupteid über die das forum contractus begründende Thatsache 227. Haupteid zum Nachweis der exceptio non numeratae pecuniae 42, (53).

Kenntniß der zu beschwörenden Thatsachen 83, 114, 217, 402. Auftragung des Haupteides an einen Irrsinnigen 182; an den am Proceß nicht theilnehmenden Cedenten 190. Irreferibler Haupteid 473.

Verzicht des Delaten auf die Bestreitung der durch Haupteid zu erprobenden Thatsache 86. Legitimation des Vormundes zur Auftragung des Haupteides im Paternitätsproceß 371. Wiedereinsetzung ob noviter reperta gegen ein Urtheil, wodurch auf Haupteid erkannt wird 454.

b) Erfüllungseid (vgl. oben K. I. 4.). Erfüllungseid zur Ergänzung des Beweises über Verabredung eines bestimmten Zahlungsortes 2, 286. Erfüllungseid zur Ergänzung der durch Indicien hergestellten halben Probe 325, 469.

c) Schätzungseid 55, 287, 429, 467.

d) Manifestationseid 5, 480. Beisatz des Wissens und Erinnerns 50.

6. Indicien: (6), 28, 122, 133, 274, 325, 373, 469 (473), 493.

L. Richterliche Entscheidung (Urtheil, Bescheid, Schiedsspruch).

I. Unzulässigkeit der Entscheidung durch Bescheid über Einwendung während der Execution 34. Anordnung des Kunstbefundes durch Bescheid 333.

II. **Inhalt des Urtheils.** Präjudicialerkenntniß 191. Alternatives Erkenntniß 86. Nichtigkeit des Urtheils wegen Unvollständigkeit 406; — Vorbehalt einer neuen Klage im Urtheil 113½. Vorbehalt zu Gunsten des Beklagten 176. (Ausspruch über Gerichtskosten s. D. V. 1.)

III. **Verhältniß des Urtheils zur Klage.** Verurtheilung aus einem in der Klage nicht geltend gemachten Rechtsgrunde 76, 104, 264. Veränderung des Sachverhaltes nach Anstellung der Klage 209. Ueberschreitung des Klagebegehrens 98.

IV. **Rechtskraft des Urtheils** 229, 477. Subjectiver Umfang der Rechtskraft 16, 136, 244, 317. (Ueber Vorbehalte s. oben II.) Rechtskraft des im Liquidirungsproceß ergehenden Erkenntnisses 303. Rechtskraft der Entscheidungsgründe 309. 477. Verhältniß der Entscheidungsgründe zum Urtheil 406.

V. **Schiedsspruch.** Rechnungsverstoß in dem Schiedsspruch 36. Unrichtige thatsächliche Voraussetzungen 38.

M. Rechtsmittel.

I. **Appellation und Revision.** Entbehrlichkeit der Appellations-Anmeldung, wenn Appellations-Beschwerden überreicht sind 420. Ueberreichung

O. Provisorische Sicherstellungsmittel.

P. Güterabtretung. Rechtswohlthaten. Behandlung der Gläubiger.

Q. Besondere Proceßarten.

Concurs.

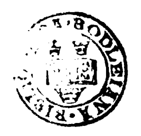
A. Materielles Concursrecht.

B. Verfahren im Concurse.

kräftigen Urtheils 449. Liquidirungsurtheil: Zulässigkeit der Entscheidung über den Bestand des Pfandrechtes 92. Executionsfähigkeit nach aufgehobenem Concurse 303. Zuweisung der für die Concursmasse aufgelaufenen Kosten zu Lasten jener Classe, welcher sie zu Gute kamen 105. Kosten der im Concursweg erfolgten Veräußerung wechselrechtlich gepfändeter Sachen 212.

IV. **Verwaltung und Realisirung des Vermögens.** Berechtigung der Mehrheit der Gläubiger, von der Realisirung einer Cridaforderung Umgang zu nehmen 65.

V. **Aufhebung des Concurses** — in Folge eines Ausgleiches 411.



Verfahren außer Streitsachen.

A. **Verlassenschaftsabhandlung.** Zuständigkeit der österreichischen Gerichte zur Abhandlung des Nachlasses eines Ausländers 136, 188. Zuständigkeit zur Abhandlung eines Nachlasses, in welchem sich befinden: 1. Montanentitäten 267; 2. Lehen 220, 426. Collision von Erbserklärungen 66, 115, 247. Collision von Erben und Legataren 350. Proceßführung und Execution wider den Beneficiarerben vor Ausmittlung des reinen Nachlasses 146. Verhältniß der Einantwortungsurkunde zum Testament 39; — zum Einantwortungsgesuch 191. Anfechtung einer rechtskräftigen Einantwortung 455.

B. **Vormundschaft und Curatel.** Befugniß des Vormundes, Miethverträge auf längere Zeit ohne Genehmigung des Gerichtes abzuschließen 361. Legitimation des Vormunds zur Proceßführung 326, 362. Verhängung der Curatel wegen Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten 419, 491.

C. **Fideicommißsachen** 357.

D. **Grundbuchssachen.** Competenzabgrenzung zwischen Realinstanz und Grundbuchsbehörde 418. Grundbuchsgesuche von nicht unmittelbar an dem Act Betheiligten 453. Aufhebung eines rechtskräftigen Intabulationsbescheides von Amtswegen 153. Recursfrist 437.

Einzelne Grundbuchsacte: Unzulässigkeit der Verbuchung einer Erklärung, worin die Löschung einer Satzpost nach Löschung des Supersatzes bewilligt wird 485. Depossessionirung türkischer Unterthanen 408. Anmerkung der Streitigkeit 366. Pränotation (vgl. Pfandrecht VII). Verfahren bei Löschung einer nicht justifizirten Pränotation 243. Justification ohne besonderes Erkenntniß 439.

E. **Amortisation.** Unzulässigkeit der Amortisation einer Carta bianca 225.

